

Internprising av immaterielle eigedelar

*Føringane for fordelinga av meiravkastinga
frå immaterielle eigedelar mellom selskap i
multinasjonale konsern etter OECD sine
reviderte retningsliner*

Kandidatnummer: 125

Antall ord:

14862



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innhold

INNHALD	1
1. INNLEIING	3
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
1.2 AVGRENsing	3
1.3 VIDARE FRAMSTILLING	4
2. SKATT OG INTERNPRISING	5
2.1 ØKONOMISK OG SKATTEMESSIG INTERNPRISING	5
2.2 GLOBALISERING GJEV GRUNNLAG FOR ØKONOMISK VEKST, MEN OGSÅ INTERNASJONAL SKATTEKONKURRANSE	6
2.3 KONSERNSTRUKTURAR	7
2.4 NASJONALE OG INTERNASJONALE TILTAK	9
3. ARMLENGDEPRINSIPPET	11
3.1 INTRODUKSJON	11
3.2 NORSK RETT	12
3.2.1 FORANKRINGA I SKATTELOVA § 13-1	12
3.2.2 SKATTEAVTALAR	13
3.2.3 FOLKERETTSLEG TOLKING	14
3.3 OECD SIN MØNSTERAVTALE	14
3.4 OECD SINE RETNINGSLINER FOR INTERNPRISING	16
3.4.1 UTVIKLING	16
3.4.2 SÆRLEG OM BEPS-HANDLINGSPLANEN TILTAK 8-10	17
3.4.3 RETNINGSLINENE SI RETTSKJELDEMESSIGE VEKT	19
3.5 VILKÅRET OM INTERESSEFELLESSKAP	20
3.6 VILKÅRET OM INNTEKTSREDUKSJON	23
3.6.1 VURDERINGSTEMAET	23
3.6.2 DEN KONTROLLERTE TRANSAKSJONEN	25
3.6.3 DEN SAMANLIKNBARE UKONTROLLERTE TRANSAKSJONEN	27

3.6.4	INTERNPRISINGSMETODANE	28
3.7	VILKÅRET OM ÅRSAKSSAMANHENG	30
4.	IMMATERIELLE EIGEDLAR OG INTERNPRISING	32
4.1	DEFINISJONAR AV IMMATERIELLE EIGEDLAR	34
4.1.1	OMGREPET SITT JURIDISKE OG ØKONOMISKE INNHOLD	34
4.1.2	DEFINISJONEN TIL OECD	36
4.2	TILORDNING AV IMMATERIELLE EIGEDLAR	37
4.2.1	BETYDNINGA AV EIGARSKAP FOR INTERNPRISINGSFØREMÅL	37
4.2.2	RETTSLEG EIGARSKAP	38
4.2.3	TILORDNINGA AV RESIDUALOVERSKOTET	38
5.	INNTEKTSFORDELING MED UTGANGSPUNKT I DEMPE	42
5.1	FUNKSJONAR – “FUNCTIONS PERFORMED”	42
5.1.1	SPESIelt VIKTIGE FUNKSJONAR	42
5.1.2	FORDELING BASERT PÅ RELATIVE BIDRAG	44
5.2	EIGEDLAR – “ASSETS USED”	45
5.2.1	UTGANGSPUNKT – AVKASTING PÅ EIGEDELANE	45
5.2.2	KONTROLL OVER FINANSIELL RISIKO	46
5.2.3	RISIKOJUSTERT AVKASTING	48
5.3	RISIKOFORDELING – “RISKS ASSUMED”	50
5.3.1	UTVIKLING OG UTGANGSPUNKT	50
5.3.2	FINANSIELL KAPASITET	51
5.3.3	KONTROLL OVER RISIKOEN	52
6.	KONKLUSJON	54
	REFERANSELISTE	55

1. Innleiing

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgåva er internprising, eller prising av transaksjonar mellom partar i interessefellesskap, i internasjonale samanhengar. Oppgåva vil ta føre seg handsaminga av internprisingsspørsmål knytt til immaterielle eigedelar i multinasjonale konsern. Revisjonen av OECD¹ sine retningslinjer for internprising i 2017, som følgje av BEPS-prosjektet, har ført til endringar i reglane om korleis meiravkastinga frå immaterielle eigedelar skal tilordnast transaksjonspartar i interessefellesskap. Mellom anna er det lagt større vekt på at avkastinga skal tilordnast partane ut frå kor verdiskapinga faktisk skjer, og følgjeleg skattleggst der dei er heimehøyrande.

Problemstillinga er korleis ein skal fordela fortienesta frå immaterielle eigedelar i transaksjonar mellom selskap i forskjellige land, men i same konsern, etter OECD sine reviderte retningslinjer.

Det er verd å nemna at store delar av semesteret der denne oppgåva er skriven har vorte prega av at fakultetet og ikkje minst biblioteket har vore stengd. Tilgangen på litteratur og fagmiljø har difor vore vesentleg meir avgrensa enn eg skulle ynskja.

1.2 Avgrensing

Oppgåva vil i all hovudsak ta føre seg internasjonale internprisingsspørsmål. Internprisingsspørsmål kan også oppstå mellom partar internt i Noreg, ved verdioverføringar mellom skattesubjekt som er underlagt forskjellige skattereglar.

¹ The Organisation for Economic Co-operation and Development

Dette er ikkje noko eg kjem til å gå nærare inn på, då OECD sine retningsliner fyrst og fremst rettar seg mot skatteavtalesituasjonar.

Internprisingsspørsmål reiser også problemstillingar knytt til bevis- og dokumentasjonskrav. Dette kjem eg heller ikkje til å gå inn på, då det ville krevja svært mykje plass.

Eit viktig tema innanfor internprising er kostnadsbidragsordningar, som også har ei viktig side til utviklinga av immaterielle eigedelar. Også dette vert det for omfattande å gå nærare inn på.

1.3 Vidare framstilling

Reglane om internprising er svært samansette, og krev at ein har oversikt over heile temaet for å kunna gå nærare inn på dei meir spesifikke delspørsmåla.

Fyrst vil eg difor i kapittel 2 gjera greie for noko av bakgrunnen for at internprisingsspørsmål oppstår i utgangspunktet, kvifor dei har vorte meir aktuelle dei siste åra, og kvifor vi har nasjonale og internasjonale reglar for internprising.

Deretter går eg inn på armlengdeprinsippet, samt forankringa i dei norske og dei internasjonale rettskjeldene og det rettslege hovudinnhaldet i desse regelsetta. Denne gjennomgangen vert nokså grundig, då ein føresetnad for å analysa den valde problemstillinga er å ha ein kontekst å setja den inn i. Spesielt er tanken å leggja til rette for at betydinga for dei norske skattereglane følgjer naturleg.

I kapittel 4 går eg nærare inn på immaterielle eigedelar, med fokus på innhaldet i og utviklinga av definisjonar og reglar.

Til slutt tek eg i kapittel 5 for meg dei spesifikke reglane om inntektsfordeling etter dei reviderte retningslinene.

2. Skatt og internprising

2.1 Økonomisk og skattemessig internprising

Den norske skattelovgjevinga byggjer på at økonomien følgjer eit kapitalistisk system. Set ein dette på spissen, og legg til grunn føresetnadane for standard økonomisk teori, inneber det at kvar aktør vil handla komplett rasjonelt og utelukkande søka å ivareta sine egne økonomiske interesser best mogleg². Då vil marknadsmekanismen, med prisdanning etter tilbod og etterspurnad, omtala som “Den usynlege hand” av Adam Smith³, vera styrande.

Desse føresetnadane held så lenge transaksjonar skjer mellom uavhengige partar. Er partane derimot ikkje uavhengige, men inngår i eit interessefellesskap⁴, vil det vera slik at dei handlar i beste *felles* interesse, eller iallfall ikkje fullkome i eigeninteresse. Ein risikerer då at transaksjonsprisen vert ein annan enn marknadsprisen. Det er dette ein kallar internprising, då den vert fastslått internt mellom interessefellene, i motsetnad til eksternt opp mot ein uavhengig part.

Det kan vera fleire grunnar til eit slikt prisavvik. Partane kan medvite setja prisen på ein måte som utnyttar forretningsmessige forhold som er eit resultat av interessefellesskapet, altså internprising med eit reint bedriftsøkonomisk føremål⁵. Ein kan også sjå for seg at partane umedvite set ein annan pris enn marknaden tilseier, som følgje av at interessefellesskapet endrar balansen mellom betalingsvilje og reservasjonspris mellom dei, samanlikna med uavhengige partar, eller fordi høvet til å inngå avtalen i det heile føreset eit interessefellesskap. I tillegg finst det tilfelle der motivasjonen bak internprisinga er reint skattemessig, kor partane utnyttar interessefellesskapet og set ein pris som gjer at dei samla sett oppnår redusert

² Sjå om dette i til dømes Pindyck og Rubinfeld, 2013 kapittel 1

³ Smith, 1776

⁴ Dette er eit grunnleggande vilkår for inntektsjustering ved internprisingsspørsmål i skatteretten. Sjå meir utdjupande om omgrepet i del 3.

⁵ Sjå Horngren mfl., 2015

skattebelastning. Dette kan dei gjera ved å setja ein internpris som allokerer inntekter og kostnader mellom selskapa på ein måte som utnyttar dei ulike skattesatsane dei er underlagt, til dømes der eitt selskap er heimehøyrande i eit høgskatteland og eit anna i eit lågskatteland⁶. Også andre særtrekk ved lovgjevinga i ulike land kan incentivera visse typar transaksjonar og organisasjonsstrukturar. Til dømes har mange såkalla skatteparadis (i tillegg til låg selskapsskatt) ein hemmelegaldspolitikkk for å gjera seg meir attraktive for utanlandske selskap, ved at dei får reduserte transaksjonskostnader samanlikna med det dei ville hatt i eit anna land⁷.

Uansett kva grunnen måtte vera, vil inntektsallokeringa internprisinga fører til gå ut over skatteprovenyet i det landet inntekta vert flytta ut frå. Det er difor vi i dag har reglar for å justera transaksjonsvilkåra ved interessefellesskap⁸.

2.2 Globalisering gjev grunnlag for økonomisk vekst, men også internasjonal skattekonkurranse

Det siste hundreåret, sidan prinsippa som ligg til grunn for dagens internasjonale skatterett vart formulerte av Folkeforbundet i 1920-åra, og i aukande grad dei siste tiåra, har det funne stad ei rivande teknologisk utvikling og auka globalisering⁹. Mellom anna har det vorte enklare å flytta kapital, verksemder, driftsmiddel mv. på tvers av landegrensene. Samstundes føregår ein stadig større del av handelen i verda mellom store, multinasjonale konsern. Globaliseringa har i stor grad vore positiv for den økonomiske utviklinga i verda, der ulike land i større grad kan få utbyte av sitt komparative fortrinn på den internasjonale arenaen¹⁰.

⁶ Sjø Schindler og Schjelderup, 2013

⁷ Schjelderup, 2016

⁸ Sjø Naas mfl., 2017 s. 969 flg.

⁹ Gjems-Onstad og Furuseth, 2013 s. 28 flg.

¹⁰ Sjø Norman og Orvedal, 2010

Skattemessig har utviklinga derimot bydd på utfordringar. Liberaliseringa av finansmarknadane let selskap meir eller mindre fritt strukturera seg med ulike konsernselskap i ulike land. På den måten vert det også enklare å bruka konsernstrukturen til å utnytta forskjellar i skattesystem og skattenivå mellom land. Dette legg i sin tur press på statane ved at dei nasjonale skattesatsane vert underlagt ein internasjonal konkurranse, der verksemdar og kapital vert flytta frå høgskatteland til lågskatteland, med mindre høgskattelanda justerer ned sine skattesatsar, noko ein har sett skje blant OECD-landa¹¹. Såkalla mikrostatar, som til dømes Cayman Islands, er ikkje avhengige av skatteprovenyet i like stor grad som større statar¹², som til dømes Noreg, men kan leva svært komfortabelt på faste avgifter for registrering, årsoppgåver og liknande. Dei kan difor etablere seg som skatteparadis med ingen eller svært låg selskapsskatt.

Denne utviklinga er ein viktig grunn til at G20¹³ og OECD har gjennomført BEPS-prosjektet, som har til føremål å flytta fokuset bort frå det kontraktsmessige, som ikkje alltid er representativt for verdiskapinga, og over mot kor verdiskapinga faktisk skjer¹⁴.

2.3 Konsernstrukturar

Når fleire og fleire selskap vel å etablere seg på tvers av landegrensene, er føremålet å fordela risiko, eigedelar og funksjonar på konsernselskap¹⁵ mest mogleg kostnadsoptimalt. Slike strukturar kan delast opp i to hovudkategoriar. Den eine er

¹¹ Schjelderup og Jacobsen, 2011

¹² Schjelderup, 2016

¹³ «The Group of Twenty», eit internasjonalt samarbeidsforum med 19 medlemsland, samt EU

¹⁴ Sjå meir inngåande om BEPS-prosjektet under pkt. 3.4

¹⁵ Eit konsern består av eit morselskap som har bestemmande innflytelse (over 50 % eigarskap) i eitt eller fleire dotterselskap, samt desse dotterselskapa, jf. definisjonen i § 1-3 i Lov om aksjeselskaper (Aksjelova) av 13. juni 1997 nr. 44 (heretter: asl.), Lov om allmennaksjeselskaper (Allmennaksjelova) av 13. juni 1997 nr. 45 (heretter: asal.) og Lov om ansvarlige selskaper og komandittselskaper (Selskapslova) av 21. juni 1985 nr. 83. Konsernselskapa er følgeleg dei selskapa som inngår i konsernet. Sjå meir utdjupande om konsern i til dømes Bråthen, 2019 s. 280 flg.

horisontale utanlandsinvesteringar, der ein driv same type verksemd i fleire land for å nå ut til fleire marknader¹⁶. Her vil ein typisk halda flest mogleg funksjonar sentralt, medan andre vert dupliserte til den nye marknaden. Viss morselskapet har viktige immaterielle eigedelar som patent, varemerke, software eller goodwill, kan bruken av desse vidareformidlast til dotterselskap i utlandet, som typisk driv produksjon og sal. Eit døme på dette er Nike, der eitt selskap eig varemerket, medan fleire dotterselskap i ulike land nyttar det og sel Nike-produkt på sin respektive marknader. Denne typen struktur let også konsernet sentralisera tenester som HR-funksjonar eller administrasjon i eitt selskap, som deretter tek betalt for å yta desse tenestene til andre konsernselskap.

Den andre typen er vertikale utanlandsinvesteringar, der ein deler verdikjeda over fleire land, slik at ein kan utnytta forskjellar i kostnadsnivå for ulike innsatsfaktorar mellom land. Dette er ein konsekvens av at aukande globalisering og internasjonal handel gjer det mogleg å utnytta forskjellige land sine komparative fortrinn¹⁷. Til dømes er dette grunnen til at svært mykje vareproduksjon skjer i Kina og andre asiatiske land med billegare arbeidskraft. Eit anna døme er Hydro, som driv utvinning av råmateriale i mellom anna Brasil, medan produksjonen av aluminium skjer i Noreg, der ein har stor tilgang på vasskraft.

Det kan vera fleire gunnar til å velja ein slik multinasjonal konsernstruktur. Reint bedriftsøkonomisk kan det vera ein måte å redusera kostnader og nå ut til ein større marknad utan å pådra seg risikoen ved å gjera seg avhengige av lokale tredjepartar¹⁸. I tillegg ligg det eit klart skattemotiv i å strukturera seg på ein måte som reduserer den globale skatteplikta til konsernet.

Multinasjonale konsernstrukturar kan reisa fleire internprisingsspørsmål. Idet ei konsernintern restrukturering vert gjennomført, oppstår det spørsmål om kva verdier

¹⁶ Torvik, 2019 s. 48 flg.

¹⁷ Norman og Orvedal, 2010

¹⁸ Torvik, 2019 s. 50-51

som er overførte, og korleis desse skal prisast. Dette gjeld spesielt immaterielle eigedelar, då desse lettare let seg overføra, og i større grad i dag, i lys av den teknologiske utviklinga. I etterkant av restruktureringa oppstår det spørsmål om prising av konsernselskapa sin bruk av og bidrag til immaterielle eigedelar som typisk er eigd av eit prinsipalselskap, ofte heimehøyrande i eit lågskatteland¹⁹.

2.4 Nasjonale og internasjonale tiltak

Nasjonal skattelovgjeving har som føremål å sikra inntekter til staten. For å unngå reduksjon i inntekta som følgje av mellom anna kapitalflukt og skatteplanlegging, er det viktig å utforma skattelovgjevinga slik at selskapa ikkje kan unngå skatteplikt gjennom internasjonale eigarskaps- og kapitalstrukturar, strategisk internprising m.v. Dette gjer seg til dømes utslag i at nasjonale reglar om heimehøyrslø må halda tritt med teknologisk og samfunnsmessig utvikling, eller meir målretta reglar som den norske heimelen for inntektsjustering ved ikkje-marknadsmessig internprising i skattelova § 13-1²⁰.

Ein konsekvens av at den aukande globaliseringa verkar inn både på selskapsstrukturar og nasjonal skattelovgjeving, er at ein risikerer å oftare hamna i dobbelskattleggingssituasjonar. Dette skjer når same skattytar vert pliktig for samanliknbar skatt på same fordel overfor to eller fleire statar i same tidsrom, såkalla juridisk dobbelskattlegging, eller når same inntekt vert skattlagd hjå forskjellige skattesubjekt, såkalla økonomisk dobbelskattlegging²¹. Dobbelskattlegging står i strid med omsyn til både rettferd og økonomisk effektivitet. Skatteretten bygger i utgangspunktet ei avveging mellom omsynet til staten sitt inntektsgrunnlag og

¹⁹ Ibid.

²⁰ Sjå pkt. 3.2.1 nedanfor

²¹ Zimmer, 2017 s. 30

effektiviteten i marknadsmekanismene²². Effekten av dobbelskattlegging kjem i tillegg til gunnlaget for denne avveginga. Det går også spesielt utover utviklinga av internasjonal handel, ved å skapa incentiv mot handel på tvers av ulike skattejurisdiksjonar.

Ved internprisingsspørsmål oppstår økonomisk dobbelskattlegging når ein stat justerer inntekta til ein skattytar etter armlengdeprinsippet. Viss det ikkje også skjer ei justering hjå den andre parten, ender ein i ein situasjon der den same inntekta er skattlagt to gongar. Dette er eit spørsmål om korresponderande retting. OECD sin mønsteravtale (heretter: MTC) opnar i artikkel 25 for «mutual agreement procedure», som statane kan inngå for å løysa spørsmål om justering av internpris og påfølgjande korresponderande retting²³.

Ein respons på dobbelskattleggingsproblematikken er skatteavtalar mellom land. I Noreg er dette regulert i dobbeltbeskatningsavtalelova²⁴, der det kjem fram av § 1 nr. 1 at reglane i skatteavtalane skal syta for «deling av skattefundamentene og herunder innrømme slik lempning i beskatningen at dobbeltbeskatning helt eller delvis unngås». Desse får altså ein sentral plass i internasjonale skattespørsmål²⁵.

Noreg er eitt av 36 medlemsland i OECD, som er ein økonomisk samarbeidsorganisasjon. CFA, OECD sin skattekomité har utarbeida ein modellavtale som kan nyttast som utgangspunkt for skatteavtalar mellom land. Denne er utgangspunktet for dei fleste av Noreg sine skatteavtalar²⁶.

²² Sjå til dømes Jones, 2016

²³ Sjå meir om dette i Naas mfl., 2017 s. 1057 flg.

²⁴ Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning mv. (Dobbeltbeskatningslova) av 28. juli 1949 nr. 15

²⁵ Sjå pkt. 3.2.2 nedanfor

²⁶ Naas mfl., 2017 s. 86

3. Armlengdeprinsippet

3.1 Introduksjon

Armlengdeprinsippet er eit internasjonalt prinsipp for internprising som går ut på at pris og vilkår i ein transaksjon mellom partar i eit interessefellesskap skal svara til prisen og vilkåra ein ville sett i ein tilsvarande transaksjon mellom uavhengige partar²⁷. Føremålet er å koma fram til ein marknadsmessig pris også mellom partar som ikkje er underlagd den same marknadsmekanismen som uavhengige partar, slik at dette i minst mogleg grad påverkar landet sitt skatteproveny²⁸.

Heilt overordna går armlengdeprinsippet ut på å samanlikna den kontrollerte transaksjonen (internt i interessefellesskapet) med ein tilsvarande ukontrollert transaksjon (mellom partar utan interessefellesskap). Det kan vera ei krevjande oppgåve å finna eit eigna samanlikningsgrunnlag, og det er difor utvikla fleire ulike internprisingsmetodar for transaksjonar av ulik karakter. Som regel vil det ikkje la seg gjera å finna eit heilt identisk samanlikningsgrunnlag, noko som gjev grunnlag for å tillata eit såkalla internprisingsintervall av prisar som er i tråd med armlengdeprinsippet²⁹. Spennvidda til dette intervallet varierer med kor vanskeleg det er å definera riktig pris.

Armlengdeprinsippet har også vore underlagt kritikk. Mellom anna er det hevda at det er for komplisert og lite føreseieleg for skattytarane. Spesielt er det lagt vekt på kor vanskeleg det er å finna gode samanlikningsgrunnlag³⁰. Ingen alternativ har imidlertid

²⁷ Ibid. s. 971

²⁸ Sjå OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 (heretter: TPG) pkt. 1.8 om kvifor OECD-landa har vald armlengdeprinsippet som det rådande prinsippet for internprising. Sjå også Ot.prp.nr.26 (1980–1981) s. 56 om armlengdeprinsippet som trygging mot ulovleg skatteflukt.

²⁹ Naas mfl., 2017 S. 972

³⁰ Sjå Treidler, 2019 om Collier og Andrus sin kritikk av armlengdeprinsippet både før og etter BEPS. Eg fekk diverre ikkje tak i boka artikkelen tek for seg, *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS* (2017)

fått oppslutning, og armlengdeprinsippet er det heilt klart leiande prinsippet på verdsbasis.

3.2 Norsk rett

3.2.1 Forankringa i skattelova § 13-1

Skattesubjekta i norsk rett er delt inn etter reglane i skattelova kapittel 2. Her er det fastsett kven som skal reknast som sjølvstendige skattesubjekt og kven som ikkje er det. For selskap går distinksjonen mellom dei som er opprekna under § 2-2 fyrste avsnitt, mest sentralt aksjeselskap og ålmennaksjeselskap, og dei som er nemnde i andre avsnitt, ansvarlege selskap der deltakarane er skattepliktige kvar for seg. Føremålet er at kvart skattesubjekt skal skattast kvar for seg for si inntekt. Tanken bak armlengdeprinsippet er å skattlegga sjølvstendige skattesubjekt i eit interessefellesskap på tilsvarende måte som skattesubjekt utan interessefellesskap³¹.

Dette prinsippet er forankra i sktl. § 13-1. I fyrste avsnitt heiter det at ein kan foreta «fastsettelse ved skjønn» viss inntekta er redusert som følge av «direkte eller indirekte interessefellesskap». Ordlyden stiller altså som vilkår at inntekta er redusert, at det ligg føre eit interessefellesskap og at det er årsakssamanheng mellom interessefellesskapet og inntektsreduksjonen.

Føresegna kan ikkje heimla eller utvida skatteplikta, men er ein tilordningsregel som skal sikra at den ålmenne skatteplikta også vert oppfylt mellom nærstående³².

Vidare legg tredje avsnitt føringar for skjønnsutøvinga. Her heiter det at formue eller inntekt skal fastsetjast «som om interessefellesskap ikkje hadde foreligget». Denne formuleringa gjev uttrykk for kva som er rekna for å vera ein armlengdes pris, men

³¹ Sjø Naas mfl., 2017 s. 1001. Prinsippet vart uttrykt av Høgsterett i Rt. 1995 s. 124 *Schlumberger*, der dei uttalte at det følgde føresetnadsvis av § 54 i den gamle skattelova av 1911 (Lov om skatt av formue og inntekt (Skattelova 1911) av 18. august 1911 nr. 8).

³² Naas mfl., 2017 s. 993

gjev ikkje i seg sjølv vidare føringar for kva som ligg i denne vurderinga. Ifølgje førearbeida er det fyrst og fremst rettspraksis og administrativ praksis som gjev rettleiing om korleis armlengdeprinsippet skal brukast³³.

Til slutt følgjer det av fjerde avsnitt at ein «skal» ta omsyn til OECD sine retningsliner for internprising dersom interessefellesskapet er mellom norske og utanlandske føretak, og det ligg føre ein skatteavtale med armlengdesvilkår³⁴. Dette gjeld både i relasjon til vilkåra i fyrste avsnitt og skjønnsutøvinga etter tredje avsnitt.

Sktl. § 13-1 inneheld også ein særleg bevisbyrderregel i andre avsnitt, men dette er ikkje eit tema eg kjem inn på i denne oppgåva.

3.2.2 Skatteavtalar

Det følgjer av sktl. § 2-37 at skatteplikt til Noreg kan «begrenses ved bestemmelse inngått i medhold av [dobbeltskattningslova]». Ein kan altså ikkje med heimel i ein skatteavtale *utvida* skatteplikta i høve til det som følgjer av internretten. Dette er også det vanlege synet i andre statar³⁵.

Sidan inngåinga av skatteavtalar er heimla i eiga lov, dobbeltskattningslova, treng dei ikkje vidare inkorporering for å få trinnhøgde som formell lov, slik utgangspunktet er i Grunnlova³⁶. Slik trinnhøgde er også stadfesta av Høgsterett³⁷.

Spørsmål om det er grunnlag for skjønnsmessig inntektsjustering etter sktl. § 13-1 i ein skatteavtalesituasjon, kjem altså an på om høvet for dette er avgrensa i skatteavtalen³⁸. Når det gjeld Noreg sine skatteavtalar, har samtlege sidan 1963 ei armlengdeføresegn

³³ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) pkt. 4.1.1

³⁴ Innføringa av avsnittet er ei kodifisering av Høgsterett si uttaling i Rt. 2001 s. 1265 *Agip* om den gamle skattelova § 54

³⁵ Zimmer, 2017 s. 65

³⁶ Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnlova) av 17. mai 1814

³⁷ I Rt. 1994 s. 132 *Uncle John* er det uttala at «avtaler som er inngått med hjemmel i 1949-loven vil på sitt område få samme virkning som interne skattelovsregler og ha samme trinnhøyde som disse.»

³⁸ Skaar mfl., 2006 s. 338

som er tilsvarande MTC art. 9³⁹. Det vil sjeldan oppstå konflikt mellom artikkel 9 og sktl. § 13-1, anna enn at sistnemnde omfattar ein vidare krins av skattesubjekt⁴⁰. Tema for denne oppgåva omhandlar imidlertid hovudsakleg multinasjonale konsern.

3.2.3 Folkerettsleg tolking

Noreg sine skatteavtalar med andre land er folkerettslege konvensjonar. Sjølv om dei har same trinnhøgde som norsk lov, får dette konsekvensar for rettskjeldebruk og tolkingsprinsipp⁴¹. Dette er også Høgsterett sitt syn i Alphawell-dommen⁴². Reglane for tolking av internasjonale traktatar følgjer av Wienkonvensjonen⁴³, som ein reknar for å vera ei kodifisering av folkerettsleg sedvanerett⁴⁴.

I tillegg kan skatteavtalane sjølve innehalda føresegner som legg føringar på tolkinga. Dette er i hovudsak definisjonsartiklar om korleis ein skal tolka spesifikke uttrykk eller ein generell tolkingsregel som let statane tolka avtalen i samsvar med sin internrett⁴⁵.

3.3 OECD sin mønsteravtale

I MTC er armlengdeprinsippet teke inn i art. 9, og tek for seg korleis dette ligg til grunn for korleis ein avtalestat kan allokera inntekt til eit selskap som høyrer heime der:

«Article 9. *Associated enterprises*

³⁹ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) pkt. 4.1.1

⁴⁰ Naas mfl., 2017 s. 987

⁴¹ Ibid. s. 87

⁴² Rt. 1994 s. 752 *Alphawell*

⁴³ Vienna convention on the law of treaties av 23. mai 1969

⁴⁴ Naas mfl., 2017 s. 88

⁴⁵ Ibid. S. 93

1. Where

- a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or
- b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.»

Formuleringa her er ikkje like vid som i sktl. § 13-1. Den norske føreseigna siktar generelt til inntektsreduksjon som følgje av interessefellesskap, medan det i MTC er presisert at det må vera snakk om vilkår mellom to næringsdrivande skattesubjekt⁴⁶, som gjeld deira kommersielle eller finansielle forhold. Verkeområdet til mønsteravtalen er altså etter ordlyden noko snevrare enn verkeområdet til sktl. § 13-1. Sjølv inntektsfordelinga skal følgja armlengdeprinsippet. Inntekt som er allokert annleis innanfor interessefellesskapet enn det som ville vore tilfellet mellom uavhengige partar, kan leggst til og skattleggst som om selskapa var uavhengige.

Utover det som følgjer direkte av artikkel 9, har mønsteravtalen tilhøyrande kommentarar som presiserer innhaldet i føresegnene⁴⁷. Desse må vega tungt ved tolking av skatte- og mønsteravtalen⁴⁸. Så lenge det materielle innhaldet i ein artikkel ikkje er endra etter at avtalen vart inngått, vil også nyare kommentarar ha vekt⁴⁹.

⁴⁶ Jf. definisjonen av «enterprise» i MTC art. 3 (1) bokstav c

⁴⁷ OECD, *Model tax convention on income and on capital: Condensed version*, 2017

⁴⁸ Jf. Rt. 2008 s. 577

⁴⁹ Skaar mfl., 2006 s. 63. Høgsterett la ei slik forståing til grunn i Rt. 1994 s. 752 *Alphawell* og Rt. 2004 s. 957 *PGS*

Kommentarane til MTC artikkel 9 er svært avgrensa, men viser til TPG for prinsippa for korleis føresegna skal brukast. Dei uttalar at TPG «provides guidelines for the application of the arm's length principle of which the Article is the authoritative statement.» Når ein skal allokera inntekta i eit interessefellesskap etter armlengdeprinsippet, følgjer det altså av både norsk internrett og skatteavtalane at ein må sjå til TPG.

3.4 OECD sine retningsliner for internprising

3.4.1 Utvikling

OECD sine retningsliner utdjuar kva faktorar som kan påverka pris og vilkår i konserninterne transaksjonar i ulike situasjonar, og er såleis ei presisering og utfylling av mønsteravtalen artikkel 9, for dei forskjellige internprisingstilfella⁵⁰. Føremålet er at ulike jurisdiksjonar skal tolka og handheva armlengdeprinsippet mest mogleg likt, slik at risikoen for dobbelskattlegging vert redusert. I tillegg skal retningslinene vera eit verktøy for multinasjonale føretak, så vel som skattemyndigheiter, slik at dei kan basera seg på felles metodar og koma fram til gjensidig gode løysingar.

Retningslinene vart publiserte i 1995⁵¹, utferdiga av OECD Committee on Fiscal Affairs. Dei hadde ein forgjengar som vart gjeve ut i 1979⁵². I 2010 kom det ein omfattande revisjon av retningslinene⁵³. Dagens versjon frå 2017⁵⁴ er eit resultat av omfattande revideringar som følgje av BEPS-prosjektet. På mange område har ikkje 2017-versjonen nokon parallell til dei eldre versjonane frå 1995 og 2010. Dette gjeld

⁵⁰ Naas mfl., 2017 s. 987

⁵¹ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 1995

⁵² OECD, *Transfer pricing and multinational enterprises*, 1979

⁵³ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2010

⁵⁴ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017

mellom anna for verdsetjing av immaterielle egedelar, samt bruken av internprisingsmetodane på dette området⁵⁵, som ligg i kjerna for denne oppgåva.

BEPS-prosjektet er eit omfattande arbeid som skal styrka den internasjonale skatteretten mot skatteplanlegging og -unndraging⁵⁶. Prosjektet er ein reaksjon på dei nye utfordringane som har følgd med globaliseringa og den teknologiske utviklinga dei seinare åra, med spesielt fokus på å «tetta hol» og retta usamanheng mellom ulike nasjonale skattesystem, samstundes som ein held fram med å førebygga mot dobbelskattlegging⁵⁷. Mellom anna har det vorte lagt fokus på utfordringane ved framveksten av den digitale økonomien. Denne framveksten er ein viktig faktor som har tilrettelagd for at immaterielle verdiar har vorte ein svært viktig inntektsdrivar for verdas største selskap.

3.4.2 Særleg om BEPS-handlingsplanen tiltak 8-10

Ei viktig erkjenning som ligg bak den nye revideringa etter BEPS-prosjektet, er at dei føregåande versjonane av TPG var sårbare for oppkonstruerte fordelingar av funksjonar, egedelar og risiko⁵⁸. Når ein tidlegare har hatt fokus på konsernet si kontraktsmessige fordeling, har ikkje det nødvendigvis vore illustrerande for den økonomiske realiteten. Spesielt det rettslege eigarskapet til immaterielle verdiar har tidlegare vore lettare å utnytta for å allokera tilsynelatande innteningspotensiale mellom konsernselskapa på ein måte som reduserer den globale skattebelastninga til konsernet. I dei reviderte retningslinene er det lagt større vekt på at fortienesta skal fordelast ut frå den økonomiske aktiviteten den kjem av, altså at inntekta skal allokeraast dit verdiskapinga faktisk skjer. Dette arbeidet har fokusert på dei tre nøkkelområda

⁵⁵ Torvik, 2019 s. 43

⁵⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013

⁵⁷ Ibid. i innleiing og bakgrunn.

⁵⁸ OECD, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, Actions 8-10 - 2015 final reports*, 2015 i innleiinga.

under tiltak 8, 9 og 10 i BEPS-tiltaksplanen⁵⁹, som dei mest sentrale tiltaka for denne oppgåva sitt tema.

Ein kan til dømes tenka seg at selskap A er rettsleg eigar av eit populært skimerke som er kjend for skimodellar som er både lette oppover og stabile nedover. Dotterselskapet B driv produksjon og sal av ski med dette merket i ein annan jurisdiksjon, med ei inntekt på 100. Samanliknar ein funksjonane B utfører med tilsvarande uavhengige produsentar og distributørar av same type ski, finn ein at desse har ein marknadsverdi, og såleis armengdepris, på 40. Dei resterande 60 vil då knyta seg til varemerket, og ville etter dei tidlegare retningslinene som regel ha tilfalle selskap A, då rettsleg eigar reint kontraktsmessig har risikoen knytt til å utvikla varemerket, den immaterielle eidedelen. Dei reviderte retningslinene etter BEPS-prosjektet endrar dette, ved at ein no ikkje lenger legg like mykje vekt på kven som eig den immaterielle eidedelen, men kven som faktisk skapar verdiane som knyt seg til den. I dømet vil varemerket sin framtidige suksess vera avhengig av at selskap B produserer ski av høg kvalitet, og driv effektiv marknadsføring. Etter dei nye retningslinjene gjev denne typen funksjonar grunnlag for å allokera ein del av residualoverskotet⁶⁰ til B, tilsvarande deira bidrag til denne fortienesta, sjølv om dei ikkje er rettsleg eigar av varemerket residualoverskotet knyt seg til.⁶¹

Tiltak 8 tek for seg transaksjonar som involverer immaterielle eidedelar, anten i form av overføring eller utnytting av desse. Her er det spesielt fokus på at immaterielle eidedelar må ha ein klar og avgrensa definisjon, at fortienesta som følgjer av dei immaterielle eidedelane må samsvara med den faktiske verdiskapinga og at ein må ha klare reglar og metodar når det kjem til immaterielle verdiar som vanskeleg let seg verdsejta (hard-to-value intangibles). Tiltak 9 tek for seg fordelinga av overskot ut frå korleis konsernselskapa bidreg med risiko og kapital. Også her er presisert at ein ikkje

⁵⁹ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013

⁶⁰ Residualoverskotet er den delen av resultatet ein sit att med utover den avkastinga ein rimelegvis kan venta på den investerte kapitalen (avkastingskravet). Sjå til dømes Horngren mfl., 2015 s. 901

⁶¹ Dette dømet er svært forenkla, men skal illustrera den praktiske endringa som følgje av BEPS-prosjektet og revideringa av TPG.

berre skal sjå til det kontraktsmessige, men den faktiske verdiskapinga. Tiltak 10 tek for seg andre høgrisikotransaksjonar. Dette går særskilt ut på å hindra transaksjonar som ikkje ville vore rasjonelle utanfor interessellesskapet. Ein viktig del av dette er måten horisontale utanlandsinvesteringar kan nyttast som eit inntektsallokerande middel. Når konsernselskap i ulike land nyttar seg av sentrale tenester som administrasjon, HR-funksjonar og liknande frå eitt sentralt konsernselskap, betaler dei gjerne administrasjonshonorar og liknande som ikkje reflekterer det sentrale selskapet sitt bidrag til verdiskapinga.

3.4.3 Retningslinene si rettskjeldemessige vekt

Som det følgjer av ordlyden i sktl. § 13-1 fjerde avsnitt «skal» ein ta omsyn til retningslinene både ved vurderinga av inntektsreduksjon og ved den skjønnsmessige inntektsfastsetjinga. Dette var også Høgsterett sitt utgangspunkt i Agip-dommen, der dei uttalte at TPG gjev eit meir presist uttrykk for føreseigna sitt materielle innhald:

«Jeg antar at skatteloven § 54. første ledd sammenholdt med de kortfattede uttalelser om ”det såkalte arm’s length-prinsipp” i lovforarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 26 (1980-81) side 56, og med rettspraksis, i prinsippet er uttrykk for det samme som fremgår av OECDs retningslinjer. Det er derfor ikke tale om noen innskrenkende eller utvidende tolkning av lovbestemmelsen når OECDs retningslinjer tillegges betydning. Men OECDs retningslinjer gir et mer presist uttrykk for innholdet i skatteloven § 54 første ledd.»⁶²

Retningslinene si vekt er avgrensa til at ein skal «ta hensyn» til dei. Ei slik formulering tyder ikkje på noko plikt til å basera utfallet på det som følgjer av retningslinene, men at dei skal vera ein del av vurderinga. Både i førearbeida⁶³ og av OECD⁶⁴ er TPG omtala som vegleiarande retningslinjer, ikkje bindande reglar. Dei er likevel meint å vera

⁶² Rt. 2001 s. 1265 Agip s. 1278

⁶³ Ot.prp. nr. 62 (2006-2007) s. 11-12

⁶⁴ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 i “Preface”

retteleiarande både for skattemyndigheiter og skattyttarar. Av omsyn til ei føreseieleg rettsstode er det difor avgjerande at begge partar kan forhalda seg til dei med om lag same haldning til om dei vert vektlagd eller ikkje. I juridisk teori er ein også, trass i ein del usemje kring TPG si rettskjeldevekt elles, nokså samde om at retningslinene må ha ein heilt sentral plass i vurderinga ved transaksjonar mellom multinasjonale føretak i skatteavtalesituasjonar etter sktl. § 13-1⁶⁵.

Derimot rår det ein del usemje kring spørsmålet om TPG si vekt utanfor skatteavtalesituasjonar⁶⁶, men sidan temaet for denne oppgåva føreset at ein er i ein skatteavtalesituasjon, er ikkje det ein diskusjon eg kjem nærare inn på.

3.5 Vilåret om interessefellesskap

Det fyrste av dei kumulative vilkåra for inntektsjustering etter sktl. § 13-1 er at partane i transaksjonen er i eit interessefellesskap. Ordlyden siktar altså til at partane ikkje har dei interessemotsetnadane som skal til for at ein kan gå ut frå at vilkåra for transaksjonen er marknadsmessige. Viss det ikkje kan påvisast eit interessefellesskap, vil denne marknadspresumsjonen innebera at transaksjonen ikkje kan eller bør overprøvast. Då vil partane forhandla fram best moglege vilkår for seg sjølve, til dømes vil kjøpar pressa prisen ned og seljar pressa prisen opp, og det er ikkje grunnlag for å overprøva deira forretningsmessige avtale.

Spørsmålet er kva former for interessefellesskap som kvalifiserer til at vilåret etter lova er oppfylt. I førearbeida til endring av den gamle lova frå 1911 er det uttala at «interessefellesskapet må gi den ene en faktisk innflytelse over den annens disposisjoner på vesentlig same måte som f.eks. en deltaker i et foretak»⁶⁷. Vidare er

⁶⁵ Sjå til dømes Zimmer, 2017 s. 165, Naas mfl., 2017 s. 988 flg, Skaar mfl., 2006 s. 334 flg., Bullen og Anfinsen, 2013 og Kvamme, 2014

⁶⁶ Sjå Bullen og Anfinsen, 2013, Kvamme, 2014, Bullen og Anfinsen, ibid. og Kvamme, 2015

⁶⁷ Ot.prp.nr.26 (1980–1981) pkt. 9.1

det presisert at innflytelsesgrunnlaget i prinsippet er likegyldig. Blant døma som er oppstilt der, finn vi «eiendomsrett til en dominerende aksjepost». Det er altså utvilsamt at selskap som inngår i same konsern vil vera i eit kvalifiserande interessefellesskap. Dette vil vera eit direkte interessefellesskap dersom partane er eit morselskap og eit dotterselskap. Også indirekte interessefellesskap er omfatta av lova, noko som inneber at systerselskap (to selskap som er kontrollerte av same morselskap) kvalifiserer⁶⁸. Det same gjeld der der det er fleire ledd i konsernstrukturen. Til dømes der selskap A eig selskapa B og C, medan selskap B eig selskapa D og E. Alle partsforhold i ein slik konstellasjon vil kvalifisera som direkte eller indirekte interessefellesskap.

Også andre eigarskapsforhold enn konsern kan likevel kvalifisera som eit interessefellesskap etter lova. Som nemnt følgjer det av førearbeida at det avgjerande er om ein part har «faktisk innflytelse» over den andre. Dette gjer at mindre eigarskapsforhold enn det som gjev bestemmande innflytelse kan kvalifisera. Til dømes krevjer ei vedtektsendring etter asl./asal. § 5-18 tilslutning frå to tredeler av stemmene ved generalforsamlinga, noko som gjer at eit eigarskap på over ein tredel av aksjane gjev vetorett mot dette. På same vis kan ein eigarpost på over ein tidel stansa avgjerder som krevjer kvalifisert fleirtal etter § 5-19.

I slike tilfelle er imidlertid innflytelsesgrunnlaget avgrensa til spesifikke former for kontroll over selskapet. Etter mitt syn må ein difor sjå dette i samanheng med transaksjonen sin karakter, og om innflytelsesgrunnlaget i den samanhengen er eigna til å påverka pris og vilkår utover det marknadsmessige, altså om dei presumerte interessemotsetnadane er svekka som følgje av innflytelsen i det konkrete tilfellet. Dette vil innebera at dei same partane kan vera kvalifiserande interessefeller i eitt tilfelle, men ikkje i eit anna, avhengig av kva type transaksjon det er tale om.

Korkje ordlyden eller førearbeida set noko krav om at det må ligga føre noko eigarskapsforhold i det heile. Også andre maktposisjonar eller relasjonar kan omfattast som innflytelsesgrunnlag. Eit typisk døme, som også er nemnt eksplisitt i førearbeida,

⁶⁸ Sjå til dømes illustrasjon i Naas mfl., 2017 s. 1007

er låne- eller kredittforhold⁶⁹. Til dømes vil ein kreditor ha interesse av at debitor er i stand til å betala gjelda si, noko som kan rokka ved interessemotsetnadane. Tilsvarande kan ein debitor med betalingsvanskar i somme tilfelle vera prisgjeve kreditor si velvilje, slik at kreditor står i ein maktposisjon. Andre former for interessefellesskap kan ligga føre som følgje av eksisterande eller betinga kontraktsforhold mellom partane, deira nærståande eller med tredjepartar⁷⁰ som kan påverka forhandlinga av vilkår mellom partane. Her må ein likevel trekka eit skilje mot tilfelle der maktposisjonen berre følgjer av at partane har ulik forhandlingsmakt i marknaden. Ulike styrkeforhold er ein naturleg del av den frie marknaden, og partane står fritt til å utnytta sin posisjon i sine forhandlingar. Naasmfl. (2017) set her grensa der fordelane til den sterke parten går klart ut over det marknadsmessige (s. 1008). Basert på dette synet kritiserer dei førearbeida for å inkludera monopol som eit gyldig innflytelsesgrunnlag⁷¹, med tilvising til at det framleis vil vera interessemotsetnadar mellom ein monopolist og kundane. Dette er eit syn eg stiller meg bak. I slike tilfelle gjeld framleis presumsjonen om at den andre parten berre handlar i tråd med sine eigne interesser, og ifølgje økonomisk teori er konsekvensen av marknadsmakta at utvalet av potensielle medkontrahentar vert redusert til å omfatta dei med høg nok betalingsvilje til å gå med på vilkåra⁷².

Vilkåret om interessefellesskap kjem sjeldan på spissen, og det er følgeleg lite praksis der dette er handsama inngåande. Ei sak frå Ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter kan likevel tena som eit døme der konklusjonen ikkje var innlysande⁷³. Her hadde selskap A lån hjå dei utanlandske eigarane B og C, som eigde 50 % kvar. Konklusjonen i saka var at rentesatsen var sett høgare enn det som var marknadsmessig, og at det låg føre interessefellesskap som følgje av at «begge partene ble ansett å ha en felles økonomisk interesse i å sette rentesatsen høyt». Med 50 %

⁶⁹ Ot.prp.nr.26 (1980–1981) pkt. 9.1

⁷⁰ Sjå eksemplifisering i Naas mfl., 2017 s. 1007

⁷¹ Ot.prp.nr.26 (1980–1981) pkt. 9.1: «faktisk monopol på salg av råvarer eller energi». Skaar mfl., 2006

⁷² Sjå om dette i til dømes Pindyck og Rubinfeld, 2013 kapittel 10 og 11

⁷³ Utv. 2008 s. 318

eigarskap hadde korkje B eller C bestemmande innflytelse i selskap A. Til saman hadde dei imidlertid fullt eigarskap, og såleis innflytelsesgrunnlag til å kunna setja rentesatsen slik dei ville. Saka er interessant, då alle partane i utgangspunktet har motstridande interesser. Selskap A ynskjer å betala så låge renter som mogleg, både til B og C. samstundes vil B og C kvar for seg ha høgast mogleg renter, gjerne på kostnad av kvarandre. Men ingen av dei har bestemmande innflytelse i selskap A åleine. Til saman har dei imidlertid fullstendig eigarskap, slik at dei ved å samarbeida kan setja eit rentenivå dei potensielt er betre tent med enn det marknadsmessige.

3.6 Vilkåret om inntektsreduksjon

3.6.1 Vurderingstemaet

Vidare er det eit vilkår etter sktl. § 13-1 at «skattyters formue eller inntekt er redusert». Ordlyden gjev ikkje isolert sett noko vegleiing om kva som ligg i ein slik reduksjon, men i lys av at føreseigna skal bygga på armlengdeprinsippet følgjer det naturleg at formue eller inntekt må vera redusert i forhold til det som ville vore tilfelle i ein marknadsmessig transaksjon. Slik sett heng vilkåret tett saman med vilkåret om årsakssamanheng, då samanlikningsgrunnlaget vert korleis pris og vilkår for transaksjonen ville vore sett mellom uavhengige paratar.⁷⁴ Dette er også utgangspunktet i førearbeida, der det er formulert som at transaksjonen er «økonomisk dårlegare for skattyter enn den ville vært i et uavhengig forhold»⁷⁵.

Korleis eller kvifor inntektsreduksjonen har skjedd betyr ikkje noko⁷⁶, sjølvst under føresetnad at det er årsakssamanheng med interessefellesskapet. Førearbeida nemner

⁷⁴ Bullen og Beck, 2018

⁷⁵ Ot.prp.nr.26 (1980–1981) pkt. 9.1. Etter mitt syn er dette ei noko upresis formulering. Skattytar sitt insentiv vil alltid vera å stilla seg sjølv i ein best mogleg økonomisk situasjon, Skilnaden i ein internprisingssituasjon er at denne økonomiske situasjonen er samanfallande med den andre parten. Sjølv om skattytar som sjølvstendig skattesubjekt er tilsynelatande dårlegare stilt ved ein slik formues- eller inntektsreduksjon, vil difor den økonomiske realiteten vera at han er like godt eller betre stilt (saman med interessefella).

⁷⁶ Ibid.

uriktig prissetting på varer, tenester eller andre ytingar, unaturleg høg lånefinansiering mv. som døme på opphavet til ein inntektsreduksjon. Eit anna praktisk døme er dersom inntekt eller kostnad er tilordna feil subjekt⁷⁷. Eventuell skatteillojalitet eller aktløyse/forsett er heller ikkje relevant etter § 13-1⁷⁸. Det same gjeld dersom inntektsreduksjonen er ei følgje av at den andre parten mangla betalingsevne⁷⁹.

Til dømes kan det vera at den manglande betalingsevna gjer at ein i eit interessefellesskap kjem fram til ei ordning med rabatt eller betalingsutsettjng, som uavhengige partar ikkje ville akseptert. Det er likevel heller ikkje utenkeleg at også ein uavhengig part kunne gjort den same vurderinga, til dømes som eit signal overfor potensielle nye kundar om at dei er fleksible. Å undersøka om noko slikt kunne vera tilfelle, er imidlertid ikkje noko sjølvsagt øving. Kor utfordrande vurderinga om inntektsreduksjonsvilkåret vert, avheng altså i stor grad av høvet til å finna eit godt samanlikningsgrunnlag.

Hovudpoenget når ein skal vurderer om inntektsreduksjonsvilkåret er oppfylt, er altså om inntekta eller formuen til skattyteren ville vore høgare viss den andre parten ikkje hadde vore ei interessefelle. For å svara på dette, følgjer det naturleg av armlengdeprinsippet at ein må samanlikna den kontrollerte transaksjonen med ein eller fleire tilsvarande, ukontrollerte transaksjonar. I Agip-dommen viser Høgsterett til ei vurdering i tre steg:

«For å kunne ta standpunkt til om vilkåret «reduisert» var oppfylt, måtte Klagenemnda **først ta standpunkt til hvilket reelt innhold Agips forsikringsavtaler – de kontrollerte transaksjoner – for 1986 og 1987 hadde.** Dette behandler jeg i det følgende. Derneft måtte Klagenemnda **ta standpunkt til innholdet i tilsvarende, ukontrollerte transaksjoner, herunder prismomentet i disse.** Dette kommer jeg tilbake til. Til slutt måtte Klagenemnda **foreta en sammenligning av forsikringspremiene – prisene – i**

⁷⁷ BFU 70/05

⁷⁸ Naas mfl., 2017 s. 1011

⁷⁹ Skaar mfl., 2006 s. 353. Sjø Utv. 1997 s. 895 pkt. 6

Agips forsikringsavtaler og i de sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner. Også dette kommer jeg tilbake til.»⁸⁰ (Mi utheving).

Det nærare innhaldet i desse tre stega er utdjupa og presisert i TPG⁸¹. Her er det uttalt at analysa etter armlengdeprinsippet «follows the approach of treating the members of an MNE⁸² group as operating as separate entities rather than as a part of a single unified business»⁸³. I lys av dette «attention is focused on the nature of the transactions between those members and on whether the conditions thereof differ from the conditions that would be obtained in comparable uncontrolled transactions»⁸⁴.

3.6.2 Den kontrollerte transaksjonen

Steg éin er altså å identifisera det reelle innhaldet i den kontrollerte transaksjonen. Dette gjer ein ved å sjå til kontraktsforholdet⁸⁵, men også gjennom ein såkalla funksjonsanalyse som «seeks to identify the economically significant activities and responsibilities undertaken, assets used or contributed, and risks assumed by the parties to the transactions».⁸⁶ Slik får ein også gjort reie for den økonomiske realiteten i samhandlinga mellom partane. Utgangspunktet her er dei vilkåra som faktisk er inngått mellom partane, og den fordelinga av funksjonar og risiko som faktisk har funne stad. Skattemyndigheitene skal ikkje overprøva skattytar sine forretningsmessige avgjerder ved å bedømme valet av transaksjonsform eller med ei oppkonstruering av ein transaksjon som ein uavhengig part kanskje ville ha gjennomført⁸⁷: «A tax

⁸⁰ Rt. 2001 s. 1265 *Agip* s. 1281

⁸¹ Sjå om TPG under punkt 3.4

⁸² “Multinational enterprises”, jf. OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. i fortalen.

⁸³ Ibid. pkt 1.6

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid. pkt. 1.42

⁸⁶ Ibid. pkt. 1.51

⁸⁷ Naas mfl., 2017 s. 1014

administration should not disregard the actual transaction or substitute other transactions for it unless the exceptional circumstances described in the following paragraphs 1.122-1.125 apply.»⁸⁸ Unnataka går ut på at ein kan erstatta den kontrollerte transaksjonen med ein som ville vore forretningsmessig rasjonell, men samstundes så nær den kontrollerte som mogleg⁸⁹, dersom:

«the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner in comparable circumstances, thereby preventing determination of a price that could be acceptable to both the parties taking into account their respective perceptions and the options realistically available to each of them at the time of entering into the transaction.»⁹⁰

Det er presisert at ein ikkje kan sjå bort frå transaksjonen slik den faktisk har skjedd, berre på grunnlag av at det er vanskeleg å koma fram til ein armlengdepris. At det ikkje kan observerast tilsvarande transaksjonar mellom uavhengige partar er heller ikkje nok⁹¹. Det kan tenkast transaksjonar som konsernselskap kan gjera seg imellom som uavhengige partar ikkje kan, men som likevel er forretningsmessig fornuftige. Slike transaksjonar vil framleis kunna vera i tråd med armlengdeprinsippet, men mangelen på samanlikningsgrunnlag gjer vurderinga monaleg vanskelegare.

I utgangspunktet skal armlengdeprinsippet ideelt sett «be applied on a transaction-by-transaction basis»⁹², altså kvar transaksjon vurdert isolert. Viss fleire transaksjonar heng tett saman, og samanlikningsgrunnlaget vert svekka, viss ein ikkje ser dei i samanheng, «where separate transactions are so closely linked or continuous that they

⁸⁸ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 1.121

⁸⁹ Ibid. pkt 1.124

⁹⁰ Ibid. pkt. 1.122

⁹¹ Ibid. pkt. 1.123. Eit døme på dette er Rt. 2001 s. 1265 *Agip*, der Agip hadde ein unik forsikringsavtale med eit forsikringsselskap i same konsern. Høgsterett kom til at avtalen måtte leggjast til grunn for armlengdevurderinga, sjølv om ein ikkje kunne finna andre døme på ein slik avtale.

⁹² OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 3.9

cannot be evaluated adequately on a separate basis», kan det likevel vera aktuelt å slå dei saman. Likeins kan det etter same synspunkt vera føremålstenleg å splitta opp transaksjonar som opphavleg var kombinerte⁹³.

3.6.3 Den samanliknbare ukontrollerte transaksjonen

Neste steg er å identifisera ukontrollerte transaksjonar som tilsvarar den kontrollerte, som eignar seg for samanlikning. På dette punktet er TPG svært detaljerte. Samanliknbarheitsanalysa vil variera etter kva type internprisingssituasjon ein er i, og i kva grad ei samanlikning let seg gjera. Grovt sett vil den likevel alltid gå ut på å analysa innhaldet i den kontrollerte transaksjonen; identifisera, velja og analysa innhaldet i ukontrollerte transaksjonar som eignar seg for samanlikning; analysa likskapar og ulikskapar mellom transaksjonane, om desse kan påverka pris og vilkår, og om dei kan kvantifiserast og eventuelt justerast; og til slutt koma til ein konklusjon på om den kontrollerte transaksjonen er innanfor armlengdeintervallet⁹⁴. TPG nemner spesielt fem faktorar som viktige for samanliknbarheita mellom transaksjonane:

«

- The contractual terms of the transaction.
- The functions performed by each of the parties to the transaction, taking into account assets used and risks assumed, including how those functions relate to the wider generation of value by the MNE group to which the parties belong, the circumstances surrounding the transaction, and industry practices.
- The characteristics of property transferred or services provided.
- The economic circumstances of the parties and of the market in which the parties operate.
- The business strategies pursued by the parties.

⁹³ Ibid. pkt. 3.11

⁹⁴ Naas mfl., 2017 s. 1021 flg.

Mengda ulike situasjonar har gjeve seg utslag i fem ulike internprisingsmetodar, som kan delast inn i to hovudgrupper, «traditional transaction methods» og «transactional profit methods»⁹⁶. Fyrstnemnde er rekna for å vera dei mest direkte⁹⁷. Tidlegare hadde desse prioritet over dei øvrige metodane. I gjeldande retningslinjer er dette erstatta med eit overordna utgangspunkt om å velja «the most appropriate method for the particular case»⁹⁸. Det er likevel framleis ei oppmoding om å velja ein tradisjonell metode i tilfelle der den vil vera like påliteleg som ein transaksjonsfortenestemetode⁹⁹. TPG er nokså utdjupande om dei ulike metodane, men eg kjem berre til å nemna dei med korte forklaringar i denne delen.

3.6.4 Internprisingsmetodane

Det er tre tradisjonelle transaksjonsmetodar. Den fyrste er «the comparable uncontrolled price method» (CUP), eller samanliknbar-ukontrollert-pris-metoden. Denne går rett på ei direkte samanlikning av prisen i den kontrollerte og den ukontrollerte transaksjonen¹⁰⁰. Dette krevjer imidlertid at samanlikningsgrunnlaget er godt nok til å slå fast at eventuelle skilnadar som kan ha påverka marknadsprisen kan eliminerast med rimeleg presise justeringar¹⁰¹. Vidare er det to metodar som baserer seg på bruttofortenestemarginar¹⁰². Den eine, «resale price method»

⁹⁵ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 1.36

⁹⁶ Ibid. pkt. 2.1

⁹⁷ Ibid. pkt. 2.3

⁹⁸ Ibid. pkt. 2.2

⁹⁹ Ibid. pkt. 2.3. Ikkje ulikt rolla til “Ockhams barberkniv” som tommelfingerregel innan vitenskapsteorien. (Sjå til dømes Svendsen, 2015).

¹⁰⁰ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 2.14

¹⁰¹ Ibid. pkt. 2.15

¹⁰² Bruttofortenestemarginen er det ein sit att med når alle direkte kostnader er trekte frå. Driv ein med vidaresal, til dømes av elektronikkvarer, vil bruttofortenesta vera differansen mellom salsprisen og innkjøpsprisen. Driv ein sjølv med produksjon, trekk ein typisk frå kostnader for direkte material og andre direkte kostnader knytt til produksjonsprosessen.

(vidaresalsmetoden), baserer seg på ei samanlikning av bruttofortenesta for sal, altså kva fortенeste ein rimelegvis kan venta seg utover å dekkja innkjøpsprisen i den aktuelle marknaden¹⁰³. Den andre, «cost plus method» (kost-pluss-metoden), fungerer på om lag same måte, men tek utgangspunkt i marginpåslaget på kostnader¹⁰⁴. Hovudskilnaden mellom dei to er at ein i vidaresalsmetoden tek utgangspunkt i salsprisen og trekker frå ein rimeleg bruttofortenestemargin, medan kost-pluss-metoden tek utgangspunkt i kostnadane og legg bruttofortenestemarginen til. Begge metodane er såkalla *einsidige* metodar, i den forstand at ein berre gjer analysa for éin av partane. Desse metodane er ikkje fullt så direkte som CUP, men er på den andre sida meir fleksible med tanke på samanlikningsgrunnlaget.

Dei to transaksjonsfortenestemetodane kom inn i retningslinene på 1990-talet, etter påverknad frå den amerikanske implementeringa¹⁰⁵. Desse samanliknar ikkje bruttoforteneste, men nettoforteneste¹⁰⁶. Den fyrste er «the transactional net margin method» (TNMM), der ein ser kva nettofortenestemargin ein oppnår på transaksjonen¹⁰⁷. Ved å ta høgde for operasjonelle kostnader, vert analysa mindre sårbar for produktforskjellar mellom den kontrollerte og ukontrollerte transaksjonen¹⁰⁸. Ein kan i staden samanlikna kva type funksjonar partane utfører, basert på forventa avkastning på desse. I TPG er TNMM trekt fram som særleg hendig der ein av partane ikkje bidreg med funksjonar som er unike eller særleg verdidrivande, altså der funksjonane i stor grad er rutinemessige¹⁰⁹. I likskap med vidaresalsmetoden og kost-pluss-metoden, er også dette ein einsidig metode. Den andre transaksjonsfortenestemetoden er «the transactional profit split method» (PSM). Her

¹⁰³ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 2.27

¹⁰⁴ Ibid. pkt. 2.45

¹⁰⁵ Torvik, 2019 kapittel 5.3 og 5.4

¹⁰⁶ Nettofortenesta finn ein ved å trekka indirekte, operasjonelle kostnader, til dømes knytt til marknadsføring, lager, administrasjon mv., frå bruttofortenesta. Sjå til dømes ibid. kapittel 6.2

¹⁰⁷ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 2.64

¹⁰⁸ Ibid. pkt. 2.68

¹⁰⁹ Ibid. pkt. 2.65

ser ein, på bakgrunn av ein analyse av fordelinga av funksjonar, eigedelar og risiko, korleis den totale fortienesta frå den kontrollerte transaksjonen ville vore fordelt mellom partane på forretningsmessige, armlengdes vilkår¹¹⁰. Metoden eignar seg godt der partane inngår i svært integrerte operasjonar, og dei begge bidreg med unike verdier og funksjonar¹¹¹. I situasjonar der det er snakk om unike og verdifulle immaterielle eigedelar som er vanskelege å fastsetja den konkrete verdien av, vil difor PSM vera aktuell. Hovudpoenget her er, spesielt etter revideringa som følgje av BEPS-prosjektet, at fordelinga speglar den faktiske verdiskapinga. Uavhengige partar ville syta for å sikra seg så mykje som mogleg av verdien dei tilfører gjennom det dei bidreg med av funksjonar og eigedelar, og verta kompensert for risikoen dei påtek seg. Sjølv om dette er ein metode ein typisk vil venda seg til når det ikkje finst noko samanliknbar, ukontrollert transaksjon, kan og må ein difor likevel sjå til kva fortieneste uavhengige partar typisk har på ulike funksjonar eller risiko. Slik får ein eit anslag på kva verdier partane har tilført gjennom sine funksjonar, kva avkastingskrav som er passande å ha på eigedelane deira og kva risikokompensasjon dei har krav på, som ein kan nytta som fordelingsnøklar for den kontrollerte transaksjonen.

3.7 Vilkåret om årsakssamanheng

Viss ein kjem til at vilkåra om interessefellesskap og inntektsreduksjon er oppfylte, er spørsmålet om det er årsakssamanheng mellom dei, om formue eller inntekt er redusert «på grunn av» interessefellesskapet, jf. sktl. § 13-1 fyrste avsnitt. Førearbeida kjem ikkje med noko utdjuping av kva som ligg i vilkåret utover det som følgjer av ordlyden, som er ei generell formulering av eit årsakskrav. I juridisk teori er det påpeikt at den sjølvstendige betydninga av vilkåret her er liten, då vilkåret om inntektsreduksjon i seg sjølv føreset eit referansepunkt¹¹². Samanlikningsgrunnlaget her er nettopp kva som

¹¹⁰ Ibid. pkt. 2.114

¹¹¹ Ibid. pkt. 2.115

¹¹² Sjå særleg Bullen og Beck, 2018 som drøftar dette inngåande.

ville vore tilfellet mellom uavhengige partar, slik at momenta som spelar inn i samanliknbarheitsanalysa ved vurderinga av vilkåret om inntektsreduksjon er samanfallande med momenta i ei vurdering av årsakssamanheng.

Likevel er formuleringa slik at det framstår som eit sjølvstendig vilkår, noko Høgsterett også har handsama det som. I *Statoil Angola*¹¹³ kom dei til at lånet som var teke opp ikkje kunne vore skaffa hjå ein uavhengig kreditor. I *Telecomputing*¹¹⁴ vart høvet til å få tilbakebetalt eit lån rekna som ei sjølvstendig forretningsmessig grunngjeving for valet av finansieringsform. I begge sakene var det tale om partar i interessefellesskap og transaksjonsvilkår som ikkje kunne identifiserast mellom uavhengige partar. Imidlertid var det nettopp det at transaksjonane føresette eit interessefellesskap som gjorde at dei ikkje kunne gjerast mellom uavhengige. Transaksjonsvilkåra var altså ikkje som i sakene på grunn av mangelen på motstridande interesser, men mangelen på likeverdige alternativ på den opne marknaden. Dette er altså døme på typetilfelle der vilkåret om årsakssamanheng har vore avgjerande for om ein kunne føreta ei inntektsjustering etter § 13-1.

Når det er sagt, er det også, som nemnt under punkt 3.6.3, presisert i retningslinene at fråveret av samanliknbare ukontrollerte transaksjonar ikkje er avgjerande for vilkåret om inntektsreduksjon. Dette kjem av at transaksjonen likevel kan vera på armlengdes vilkår, og difor ikkje redusert i forhold til dette referansepunktet. Også dette momentet er difor samanfallande for dei to vilkåra. Også Bullen og Beck påpeiker dette i sin artikkel, der dei legg fram sitt syn om at ein korkje må eller bør gjera ei separat vurdering av vilkåret om årsakssamanheng¹¹⁵. Dette er eit syn eg stiller meg bak.

¹¹³ Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola*

¹¹⁴ Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing*

¹¹⁵ Bullen og Beck, 2018 i samanfatninga.

4. Immaterielle egedelar og internprising

Internprisingsspørsmål kan oppstå ved transaksjonar av både materielle og immaterielle egedelar. Når spørsmålet gjeld immaterielle egedelar vert fleire sider ved vurderinga vanskelegare. Dette gjeld spesielt når egedelane er unike eller svært verdifulle¹¹⁶.

For det fyrste kan immaterielle egedelar ofte vera vanskelege å identifisera i utgangspunktet. Denne «usynlegheita» gjer at risikoen aukar for at internprisingsspørsmålet rett og slett vert oversett. Til dømes er det som regel opplagd kva tid det skjer ei verdioverføring i relasjon til ei gravemaskin. Til samanlikning er det ikkje like opplagd om gravemaskinføraren sitt val av gravemaskinmerke er drivande for om han tiltrekker seg kundar, eller om det gode ryktet til ein råvareprodusent vil tena som fordel også for ein ny eigar.

For det andre gjer desse særtrekka at det er ekstra utfordrande å finna eit eigna samanlikningsgrunnlag ein kan nytta i armlengdevurderinga. Mange immaterielle egedelar er unike, og verdien kan variera ut frå kven som eig og nyttiggjer seg av dei. Eitt selskap kan ha ein unik synergieffekt av ulike immaterielle egedelar, eventuelt saman med andre egedelar, som andre selskap ikkje kan oppnå.

For det tredje vert armlengevurderinga vanskeleggjort av at immaterielle egedelar som regel er svært krevjande å verdsetja. Ofte kan det vera stor uvisse rundt innteningspotensialet¹¹⁷. Eit varemerke kan visa seg å verta ein global kjempesuksess i fleire hundreår framover, som til dømes Twinings¹¹⁸ og Colgate¹¹⁹, eller forsvinna like fort som det dukka opp. I tillegg er det sjeldan berre ein immateriell egedel åleine som

¹¹⁶ Markham, 2005

¹¹⁷ Naas mfl., 2017 s. 1065

¹¹⁸ Temerke frå 1706

¹¹⁹ Tannkremmerke frå 1806

vert omsett. Ofte vert dei overførte som ledd i eit oppkjøp av eit selskap, som ein del av eit sal av varelager eller anleggsmiddel eller liknande.

Transaksjonar som involverer immaterielle eigedelar kan skje på fleire ulike måtar¹²⁰. Det kan vera ei betaling for å bruka eigedelen, i form av ein lisens eller royalties. Det kan også vera eit endeleg sal av sjølv eigedelen. I mange tilfelle utgjer også immaterielle eigedelar ein komponent i sal av fysiske eigedelar eller verksemder. Til slutt kan det oppstå spørsmål om overføring av immaterielle eigedelar inngår ved konsernitterne restruktureringar. I dei siste tilfella kan det også tenkast ei overføring av goodwill¹²¹.

Ein kan dela problemstillingane knytt til internprising av immaterielle eigedelar i tre hovudgrupper¹²². For det fyrste kan det vera spørsmål om kva ein kan rekna som ein immateriell eigedel. Som nemnt under punkt 3.6.3, vil det også vera styrande for valet av internprisingsmetode om det er snakk om immaterielle eigedelar i det heile. Difor er det viktig å klargjera kva som definerer ein immateriell eigedel. For det andre impliserer ein transaksjon at det har vore ei endring i eigarskap eller tilgang til å nyttiggjera seg eigedelen. Dette reiser altså spørsmål om korleis ein tilordnar den immaterielle eigedelen til riktig skattesubjekt. Den vidare framstillinga tek for seg korleis ein analyserer dei ulike konsernselskapa sine bidrag til den immaterielle eigedelen sitt innteningspotensiale for å koma fram til ei fordeling i tråd med armlengdeprinsippet. Til slutt er det som nemnt ikkje alltid trivielt om det faktisk har funne stad ei overføring av eigedelen, då hovudtransaksjonen ofte kan gjelda noko anna. Det kan reisast spørsmål om kva som er overført og kva som er riktig internpris.

¹²⁰ Naas mfl., 2017 s. 1066

¹²¹ Ein forretningsmessig meirverdi utover den underliggende substansverdien til eit selskap. Sjå til dømes Sættem, 2014 s. 387 flg.

¹²² Naas mfl., 2017 s. 1066

4.1 Definisjonar av immaterielle eigedelar

4.1.1 Omgrepet sitt juridiske og økonomiske innhald

Det ligg i omgrepet at immaterielle eigedelar står i motsetnad til eit selskap sine materielle, eller fysiske, eigedelar. Omgrepet sitt innhald spanner såleis over eit vidt spekter. I norsk lovgjeving er det ikkje gjeve uttrykk for noko felles forståing, og det står heller ikkje definert. Både i skattelova¹²³ (heretter: sktl.) og i rekneskapslova¹²⁴ (heretter: rskl.) er omgrepet brukt, men ikkje definert.

I Norsk rekneskapsstandard er immaterielle eigedelar definert slik¹²⁵:

«Immaterielle eiendeler er ikke-pengeposter uten fysisk substans som foretaket benytter i tilvirkning eller salg av varer og tjenester, ved utleie til andre foretak, eller for administrative formål, og som:

- a) er identifiserbare, og
- b) kontrolleres av foretaket slik at de representerer fremtidige økonomiske fordeler som forventes å tilflyte foretaket»

Rekneskapslova § 6-2 har følgjande inndeling i oppstillingsplanen for balansen i rekneskapet:

- «1. Forsking og utvikling
- 2. Konesjoner, patenter, lisenser, varemerker og lignende rettigheter
- 3. Utsatt skattefordel
- 4. Goodwill»

Her er altså dei identifiserbare immaterielle eigedelane som kan balanseførast og registrerast i offentlege register for å oppnå rettsleg trygging. I tillegg til det som er nemnd i lova, kan det vera snakk om forskning og utvikling (FOU) eller software.

¹²³ Lov om skatt av formue og inntekt (Skattelova) av 26. mars 1999 nr. 14

¹²⁴ Lov om årsregnskap m.v. (Rekneskapslova) av 17. juli 1998 nr. 56

¹²⁵ Norsk RegnskapsStandard 19

I tillegg til skiljet mot fysiske egedelar, er det også eit skilje mot pengepostar. Dette er typisk finansielle midlar som aksjar, opsjonar, obligasjonar og andre finansielle instrument, samt likvide midlar som bankinnskot og liknande.

Når det gjeld spørsmål om internprising, kan rekneskapsstandarden sin definisjon vera for snever. Omgrepet strekker seg langt utover det som let seg registrera i offentlege register¹²⁶. Også uidentifiserbare immaterielle egedelar er eigna til påverka eit selskap sitt potensiale for inntening utover det som kjem av selskapet sine fysiske, finansielle og likvide midlar, noko som må vera eit tilstrekkeleg kriterium for å rekna ein egedel som skattemessig relevant.

I Skatte-ABC finn vi ein vidare definisjon som omfattar «alle formuesobjekter av ikke-fysisk art som har en selvstendig økonomisk verdi»¹²⁷. Denne definisjonen må vera såpass vid for å kunna få same omfangsvidde som det skattemessige fordelsomgrepet. Poenget er jo at ein immateriell egedel skal vera eigna til å skapa ein økonomisk fordel for eigaren. Det er difor klart at også uidentifiserbare immaterielle egedelar er relevante for internprisingsføremål.

Uidentifiserbare immaterielle egedelar kan til dømes vera kunnskap og kompetanse i arbeidsstyrken, positive synergieffektar eller annan forretningsmessig meirverdi. Dei kan vera utvikla over tid gjennom god styring og kompetansebygging, eller dei kan oppstå som ein integrasjonsgevinst ved fusjonering eller konserndanning. Dette er ting som vil påverka selskapet si inntening, men som vanskeleg kan tilskrivast ein spesifikk verdi, i motsetnad til der til dømes kompetanse har vore nytta til å utvikla eit produkt eller eit varemerke.

Slike egedelar er skjulte fram til ein skal realisera verdien av selskapet ved til dømes sal av verksemda. Då vil dei visa seg som noverdien av den venta meiravkastinga utover det som kjem av selskapet sine identifiserbare verdier. Denne meirverdien er altså negativt definert, tilsvarande kostprisen oppkjøpar betalar for selskapet utover den

¹²⁶ Naas mfl., 2017

¹²⁷ Skatte-ABC 2019/20 s. 340

underliggende substansverdien, og vert balanseført samla som goodwill¹²⁸. Nettopp dette gjer at slike eigedelar byr på ekstra store problem når ein skal gjera ei armlengdevurdering for å finna riktig internpris, då det nærast er ein føresetnad om ein marknadsmessig omsetnad for å få ei riktig verdsetjing.

4.1.2 Definisjonen til OECD

Punkt 6.5 i OECD sine retningslinjer for internprising¹²⁹ framhever at definisjonar av immaterielle eigedelar som er for smale eller for vide kan by på problem i ein internprisingsanalyse. Viss definisjonen er for smal, risikerer ein at eigedelar som ville vore gjenstand for kompensasjon i ein uavhengig transaksjon fell utanfor. Er definisjonen for vid, risikerer ein at det må reknast med ein kompensasjon der det ikkje ville vore tilfellet mellom uavhengige partar.

OECD legg til grunn følgjande forståing av omgrepet i sine retningslinjer:

«In these Guidelines, therefore, the word ‘intangible’ is intended to address something which is not a physical asset or financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances. Rather than focusing on accounting or legal definitions, the thrust of a transfer pricing analysis in a case involving intangibles would be the determination of the conditions that would be agreed upon between independent parties for a comparable transaction.»¹³⁰

Utgangspunktet er altså at immaterielle eigedelar for internprisingsføremål er noko som uavhengige partar har verdi av og kan nytta i forretningssamanheng. Definisjonen har hatt ei tydeleg utvikling frå dei tidlegare retningslinene, der immaterielle eigedelar

¹²⁸ Sættem, 2014 s. 387. Eit slikt negativt definer goodwillomgrep er stadfesta av Høgsterett i mellom anna Rt. 2007 s. 1453 *Scansales* og Rt. 2008 s. 343 *Hafslund Nett*

¹²⁹ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017

¹³⁰ Ibid. Pkt. 6.6

berre var eksemplifisert¹³¹. Tidlegare var det altså opp til medlemslanda sjølve å fylla tomromma som ikkje var dekkja i eksemplifiseringa. Etter revideringa er det betre grunnlag for samordning, slik at ein i mindre grad risikerer at noko vert rekna som ein immateriell eigedel i éin stat, men ikkje i ein annan.

Også den nye retningslinene inkluderer døme på kva som er rekna som immaterielle eigedelar for internprisingsføremål, slik som know-how, varemerke og lisensar¹³². Det går tydeleg fram av TPG pkt. 6.18 at denne oppstillinga på ingen måte er uttømande, og at ein alltid må gjera «a detailed analysis».

Eit døme på noko som er rekna i teorien for å falla utanfor er effektiv konsernleiing¹³³. Dette gjev god meining, då det typisk ikkje er noko som ville følgja med i ein uavhengig transaksjon. Ein må likevel ikkje forveksla ei generelt effektiv konsernleiing, med ein fellesadministrasjon eller spesifikke tenester som konsernselskapa har konret nytte av. Slike tenester er også omsettelege mellom uavhengige partar, som til dømes når eit selskap nyttar seg av ekstern hjelp, og er difor grunnlag for eit vederlag. Dette vil vera internprising av konserninterne tenester¹³⁴.

4.2 Tilordning av immaterielle eigedelar

4.2.1 Betydninga av eigarskap for internprisingsføremål

Spørsmålet om eigarskap til immaterielle eigedelar for internprisingsspørsmål er for det fyrste viktig for å avgjera om det har skjedd ei verdioverføring¹³⁵. Dette kan skje ved at den opphavlege eigaren overfører eigedomsretten til ein annan eller at eigaren gjev nokon andre rett til å utnytta eigedelen i si verksemd. Ein føresetnad for begge

¹³¹ Sjå OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2010 pkt. 6.3 og 6.4

¹³² OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.19-6.26

¹³³ Naas mfl., 2017 s. 1073

¹³⁴ Illustrert i mellom anna Utv. 2016 s. 25 *Total E&P Norge AS* og Utv. 2010 s. 207 *Enterprise Oil*

¹³⁵ Naas mfl., 2017 s. 1074

tilfelle er at ein kan avgjera kven eigaren er på eit gitt tidspunkt. For det andre vil eigarskapet vera eit referansepunkt for kven som har rett på residualoverskotet den immaterielle eigedelen genererer¹³⁶.

4.2.2 Rettsleg eigarskap

Utgangspunktet for eigarskapet til immaterielle eigedelar er kven som er rettsleg eigar¹³⁷. Dersom ein er registrert som rettsleg eigar etter internretten, til dømes ved å registrera eit patent eller eit varemerke, eller ein har dokumentert eigarskap gjennom andre kontraktsforhold, vil ein også vera rekna som eigar for internprisingsføremål¹³⁸.

Dersom det ikkje kan visast til noko formell form for rettsleg eigarskap, slår retningslinene fast at «the member of the MNE group that, based on the facts and circumstances, controls decisions concerning the exploitation of the intangible and has the practical capacity to restrict others from using the intangible will be considered the legal owner of the intangible for transfer pricing purposes»¹³⁹. For å hevda eigarskap til ein immateriell eigedel, må ein altså ha positiv og negativ kontroll over avgjerder knytt til bruken av eigedelen.

4.2.3 Tilordninga av residualoverskotet

Det følgjer av almenne rettslege prinsipp at eigedsrett omfattar retten til avkastinga eigedomen genererer. Den økonomiske realiteten er imidlertid som regel at dersom andre enn eigar bidreg til å auka verdien eller avkastingspotensialet til eigedomen, vil dei krevja kompensasjon. Eigaren av eit hotell må betala snekkaren ho har hyra inn for å utbetra hotellromma sine. Det same gjeld for immaterielle eigedelar. I

¹³⁶ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.43

¹³⁷ Ibid. pkt. 6.40

¹³⁸ Ibid. pkt. 6.35

¹³⁹ Ibid. pkt. 6.40

internprisingssituasjonar må ein difor syta for at residualoverskotet frå immaterielle eigedelar vert fordelt på ein måte som tilsvarar slik kompensasjon. Følgjeleg er det uttala i retningslinene at rettsleg eigarskap «does not, in and of itself, necessarily imply that the legal owner is entitled to any income generated by the business after compensating other members of the MNE group»¹⁴⁰.

Utgangspunktet for fordelinga av residualoverskotet etter retningslinene er følgjande:

«The arm's length principle and the principles of Chapters I – III require that all members of the group receive appropriate compensation for any functions they perform, assets they use, and risks they assume in connection with the **development, enhancement, maintenance, protection, and exploitation** of intangibles.»¹⁴¹ (Mi utheving)¹⁴².

Det følgjer altså av TPG at ein må utføra funksjonsanalysar med utgangspunkt i desse DEMPE-funksjonane. For å kartlegga den kontrollerte transaksjonen, må ein altså undersøka i kva grad partane har bidrege til utvikling, forbetring, vedlikehald, trygging og utnytting av den immaterielle eigedelen, samt om/i kva grad dette allereie er kompensert. Det sentrale er (i) kva funksjonar partane utøver, (ii) kva og korleis dei nyttar seg av eigedelar og (iii) kva risiko dei tek på seg. Tilsvarande må ein undersøka i kva grad uavhengige partar vert kompensert for tilsvarande bidrag, og om vilkåra i den kontrollerte transaksjonen skil seg frå dette. Ei slik analyse vil dra fokus bort frå det kontraktsmessige forholdet mellom konsernselskapa, og tener såleis BEPS-prosjektet sitt føremål om at inntekta skal allokeraast til og skattleggast der verdiskapinga skjer. Dette var ikkje tilfelle ifølgje tidlegare retningsliner, der regelen var at residualoverskotet skulle allokeraast til rettsleg eigar¹⁴³.

¹⁴⁰ Ibid. pkt. 6.47

¹⁴¹ Ibid. pkt. 6.48

¹⁴² Det utheva er dei såkalla DEMPE-funksjonane, sml. Wittendorff, 2016 s. 349

¹⁴³ Torvik, 2019 s. 586

Dette har konsekvensar for store multinasjonale konsern der immaterielle eigedelar er den primære inntektsdrivaren. Ein kan til dømes tenka seg eit føretak som Coca-Cola. Det vil vera rimeleg å anta at varemerket Coca-Cola er ein viktig drivar for salsvolumet. Det finst imidlertid sterke konkurrentar med eit tilsvarende produkt, både globalt (Pepsi) og lokalt (til dømes RC Cola i Noreg). Verdien av varemerket er difor til eikvar tid eit resultat av at lokale produsentar og distributørar opprettheld produktkvaliteten, tilpassar produktet etter lokale preferansar og driv suksessrik og lokalt tilpassa marknadsføring. Dette kan klassifiserast som DEMPE-funksjonar (vedlikehald og utbetring av varemerket sitt renommé lokalt) som ifølgje dei reviderte retningslinene vil ha rett på ein del av residualoverskotet som svarer til deira bidrag til varemerket sitt avkastingspotensiale. Rettare sagt er det ikkje konsernselskapa som får rett til kompensasjon for verdiane dei skaper gjennom sine bidrag, men heimstaten deira som etter skatteavtalen får rett til å skattlegga denne verdiskapinga, og som difor får reallokera konsernet si fortjeneste.

Etter dei reviderte retningslinene om eigenutvikla immaterielle eigedelar, er det slik at viss rettsleg eigar ikkje bidreg med relevante funksjonar eller tek på seg noko risiko, «but acts solely as a title holding company», skal han ikkje tilordnast noko meir av residualoverskotet enn ein armlengdes kompensasjon, «if any, for holding the title»¹⁴⁴. Datterselskapet sine utviklingsfunksjonar må altså kompensast også i dette tilfellet.

Atterhaldet i ordlyden «if any» gjev ikkje noko rettleiing med omsyn til kva som skal til for at rettsleg eigar ikkje skal få nokon som helst kompensasjon. Ei naturleg tolking som etter mitt syn vil vera i tråd med retningslinene sitt føremål om å allokera inntektene dit verdiskapinga faktisk skjer, at ein heilt tom eigarposisjon ikkje gjev grunnlag for kompensasjon. I den internasjonale litteraturen er det hevda at ei «zero-valued-ownership»-tilnærming i for stor grad favoriserer arbeid over kapital, utan at ein tek omsyn til at rettsleg eigar faktisk kontrollerer retten til å la andre utnytta den immaterielle eigedelen, samt å bestemma strategien for å utnytta den¹⁴⁵. Denne

¹⁴⁴ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.42

¹⁴⁵ Pankiv, 2016 s. 471

kontrollen vil, slik eg ser det, kunna ha ein marknadspris som gjev grunnlag for armlengdes kompensasjon i internprisingstilfelle. I lys av dette vil eit naturleg innhald i retningslinene sitt atterhald vera eigarskapsposisjonar som også manglar denne grunnleggande eigenskapen ved rettsleg eigarskap.

5. Inntektsfordeling med utgangspunkt i DEMPE

5.1 Funksjonar – “functions performed”

5.1.1 Spesielt viktige funksjonar

For vurderinga av i kva grad partane har bidrege til DEMPE, legg retningslinene serskild vekt på «certain important functions» som vil ha «special significance»¹⁴⁶. Klassifiseringa legg til grunn at ein del andre funksjonar vil klassifiserast som mindre viktige.

Spørsmålet er kva som skal til for at ein funksjon skal falla innunder den eine eller den andre kategorien.

Det er lista opp døme på viktige funksjonar i TPG¹⁴⁷. Lista er ikkje meint uttømande, men nemner funksjonar med det fellestrekket at dei «usually make a significant contribution to intangible value». Dei viktige funksjonane er altså kjenneteikna med at dei er særleg verdiskapande. Dette vil setja dei i motsetnad til funksjonar som ikkje skapar særleg meirverdi, altså typiske rutinefunksjonar som er nokså like uavhengig av verksemda og dei immaterielle eigedelane sin karakter.

Eit referansepunkt kan følgjeleg vera ein analogi til det retningslinene omtalar som lite verdiskapande tenester¹⁴⁸. Desse er kjenneteikna ved å vera av ein støttande karakter og at dei ikkje er del av konsernet sin kjerneaktivitet, og kvalifiserer til kompensasjon etter ein forenkla metode. Kor ein skal trekka denne grensa er likevel heller ikkje enkelt.

Eit anna kjenneteikn ved dei viktige funksjonane er at dei sjeldan vert sette ut til uavhengige partar. Uavhengige partar set som regel ut rutinemessige eller generiske funksjonar som ikkje krevjer særskilt innsyn i eller kontroll over strategien som ligg

¹⁴⁶ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.56

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid. pkt 7.45

bak. Til dømes vil det vera vanleg å nytta seg av ein tredjepart viss ein skal gjennomføra ei spørjeundersøking kring kundane si haldning til eit produkt. Spørsmåla som skal stillast må på si side formulerast i samanheng med sjølve produktutviklinga. Begge funksjonane har ein verdi, men sistnemnde er ein viktigare drivar for den immaterielle eigedelen sitt innteningspotensiale.

I TPG pkt. 6.79 står det at ei FoU¹⁴⁹-eining skal kompensast basert på om «the research team possesses unique skills and experience». Ei naturleg tolking av dette er at slike eigenskapar har potensiale til å bidra verdiskapande, og gjev såleis grunnlag for armlengdes kompensasjon. Viss eit konsernselskap bidreg med ein funksjon som krevjer «unique skills and experience», kan det altså tala for at funksjonen er særleg verdiskapande, og følgeleg viktig.

Dei viktigaste momenta vil altså vera om funksjonane er rutinemessige/generiske eller om dei utgjer eit unikt bidrag, om det er vanleg å setja ut tilsvarande funksjonar til uavhengige partar og om funksjonane er særleg eigna til å påverka den immaterielle eigedelen sitt innteningspotensiale. Viss det er snakk om ein viktig funksjon, skal konsernselskapet som utøver eller kontrollerer den tilordnast ein del av den immaterielle eigedelen sitt residualoverskot. Viss funksjonen ikkje kan klassifiserast som viktig, vil den armlengdes kompensasjonen tilsvara ein rimeleg fortanestemargin på tilsvarande uavhengige rutinefunksjonar, jf. internprisingsmetodane (kostpluss/TNMM) under pkt. 3.6.3.

Tidlegare rettleiing frå OECD gav heller ikkje dei viktige funksjonane anna kompensasjon enn ei rimeleg marknadsavkastning, og ikkje noko av residualoverskotet¹⁵⁰. Dei nye retningslinene er i så måte ei heilomvending. Etter mitt syn er det likevel ikkje openbert at armlengdeprinsippet tilseier at utviklingsfunksjonar skal kompensast med ein del av residualoverskotet¹⁵¹. For å setja i gong eit

¹⁴⁹ Forsking og utvikling.

¹⁵⁰ Torvik, 2019 s. 633

¹⁵¹ Wittendorff, 2016 nemner dette kort på s. 350 utan nærare grunngjeving.

utviklingsarbeid, er ein avhengig av både kapital og kompetanse. Ofte ligg desse to innsatsfaktorane på forskjellige hender. Ein føresetnad for å få sett begge inn i same system, starta utviklingsarbeidet, er at dei to partane dannar eit interessefellesskap. Når det per definisjon ikkje finst ei tilsvarende marknadsmessig ordning, finst det heller ikkje ein armlengdepris, (ikkje eingong ein teoretisk). Omsyna som ligg til grunn for armlengdeprinsippet, og føremåla med den nye revideringa gjer seg likevel gjeldande. Verknaden etter dei nye reglane er at ein ikkje lenger kan allokera overskotet til den faktoren som lettast let seg flytta til ein annan jurisdiksjon, altså kapitalen. Det er også marknadsmessige argument for at regelen er fornuftig, viss ein tenker seg kva mekanismar som reint teoretisk kunne spelt inn på prisinga av dei to innsatsfaktorane. Den spesifikke kompetansen, eller produktideen, vil av natur vera unik, medan kapital er ein meir generell ressurs. Såleis er det fleire potensielle samarbeidspartnarar som kan bidra med kapital, enn det er som kan bidra med kompetanse. Av dei to er det altså kompetansen som er den knappe faktoren. Dette vil ikkje seia at ikkje også kapitaleigaren fortener kompensasjon for sitt bidrag, men det viser kvifor det er rimeleg å krevja ei viss form for fordeling.

5.1.2 Fordeling basert på relative bidrag

Når ein har kartlagd kva konsernselskap som har utøvd eller kontrollert dei viktige funksjonane, er spørsmålet korleis residualoverskotet skal fordelast mellom dei. Dette er altså eit prisingsspørsmål.

Utgangspunktet er at konsernselskap med «more significant contributions in a particular case should receive relatively greater remuneration»¹⁵². Ein skal altså fordela overskotet ut frå konsernselskapa sine *relative bidrag*.

Spørsmålet er korleis ein kan måla bidraget til ein immateriell eigedel sitt avkastingspotensiale. TPG nemner at dei viktige funksjonane sin karakter (dei let seg ikkje samanlikna) medfører at ein ikkje kan lita på einsidige internprisingsmetodar i

¹⁵² OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.55

slike tilfelle¹⁵³. Med andre ord er kost-pluss og TNMM utelukka. Dei same momenta naudsynleggjer bruken av PSM¹⁵⁴, slik at overskotet skal fordelast ut frå ei kvalifisert antaking om korleis det ville vore fordelt mellom uavhengige partar.

5.2 Eigedelar – “assets used”

5.2.1 Utgangspunkt – avkasting på eigedelane

Viss eit konsernselskap bidreg til DEMPE gjennom bruk av sine egne eigedelar, er det noko som skal tilordnast ein armlengdes kompensasjon¹⁵⁵. Kva type eigedel det er snakk om, er i prinsippet likegyldig. TPG nemner både fysiske, immaterielle og finansielle midlar.

Ved å stilla eigedelane sine til disposisjon, gjev konsernselskapa avkall på eventuell avkasting dei kunne hatt på alternative investeringar. I tillegg vert ein underlagt den risikoen som er knytt til prosjektet. Det kan samanliknast med at konsernselskapet tek ein slags kreditorposisjon, der det må bera risikoen for at den immaterielle eigedelen det er med på å finansiera faktisk endar opp med å gje avkasting.

Kva slags kompensasjon konsernselskapet skal tilordnast, avheng difor av om det faktisk kontrollerer den finansielle risikoen forbunde med sitt finansieringsbidrag. Viss det er tilfelle, skal det tilordnast «a risk-adjusted return»¹⁵⁶, altså ein kompensasjon der risikoen er prisa inn. Viss konsernselskapet ikkje kontrollerer den finansielle risikoen, skal det berre tilordnast risikofri rente¹⁵⁷.

¹⁵³ Ibid. pkt. 6.58

¹⁵⁴ Ibid. pkt. 6.57

¹⁵⁵ Ibid. pkt. 6.59

¹⁵⁶ Ibid. pkt. 6.61

¹⁵⁷ Ibid. pkt. 1.103. Risikofri rente er den avkastinga ein får ved å plassera midlane sine utan noko nedside. Eit vanleg mål på risikofri rente er kupongrenta på ein lang statsobligasjon, typisk 10 år.

TPG skil mellom finansiell risiko og operasjonell risiko. Operasjonell risiko er risikoen for at eit prosjekt ikkje vert vellukka, medan finansiell risiko er risikoen for at investoren (konsernselskapet som set egedelar til disposisjon) ikkje får tilbake investeringsbeløpet og tilhøyrande, risikojusterte avkastning¹⁵⁸.

I praksis er det uklart korleis ein skal trekka eit slikt skilje. Finansiering av utviklinga av immaterielle egedelar er risikabelt på prosjektnivå, og avkastinga på investeringa er avhengig av suksessen til prosjektet¹⁵⁹. Det er såleis ein grunnleggjande samanheng mellom finansiell og operasjonell risiko. Kva ein skal leggja i TPG sitt skilje er difor uvisst. Ei viss erkjenning av samanhengen mellom dei er imidlertid lagt til grunn i pkt. 6.4, der det er uttalt at «the risks related to the development project may impact the expectations in relation to the returns on funding», og at «the higher the development risk, [...] the more closely the funder may link the continued provision of funding to key operational developments that may impact its financial risk» Ein naturleg måte å tolka skiljet mellom operasjonell risiko og finansiell risiko er difor at dei to ikkje er det same, men at dei kan overlappa og påverka kvarandre. Typisk vil mykje av den operasjonelle risikoen «smitta over» på den finansielle.

5.2.2 Kontroll over finansiell risiko

Omgrepet «control» er i TPG generelt definert som:

«(i) the capability to make decisions **to take on, lay off, or decline** a risk-bearing opportunity, together with **the actual performance** of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to **respond** to the risks associated with the opportunity, together with **the actual performance** of that decision-making function.»¹⁶⁰ (Mi utheving)

¹⁵⁸ Torvik, 2019 s. 644

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 1.65, jf. pkt. 1.61

Her er det for det fyrste eit krav om konsernselskapet si evne til å ta avgjerder. Til dette er det presisert at dette inneber at ein har kvalifisert personell med evne til å analysa opp- og nedsider knytt til risikoen, og kva dette har å seia for føretaket¹⁶¹. Etter ordlyden er det ikkje nok at parten har denne evna, han må også vera den som faktisk tek avgjerdene, både i forkant av investeringa og i respons til risikoen slik den artar seg undervegs i prosjektet. Det er eksplisitt nemnd at ei reint formell stadfesting av avgjerder som i realiteten er tekne ein annan stad ikkje kvalifiserer til å kunna ha kontroll.

I kvart konkrete tilfelle vil kravet til at investoren har kontrollen over den finansielle risikoen avhenga av «the riskiness of the investment for the funder, taking into account the amount of money at stake and the investment for which these funds are used».¹⁶² Med andre ord må ein tilpassa terskelen for kvart konkrete tilfelle.

Samla sett verkar det naturleg at eit konsernselskap har kontroll over den finansielle risikoen viss det har kompetent personell som er i stand til å avgjera om og kor mykje det vil vera fornuftig å investera. I lys av tolkinga av skiljet mot operasjonell risiko, må investoren også vera i stand til å gjera vurderinga på bakgrunn av informasjon om det spesifikke prosjektet, altså ei vurdering også av den operasjonelle risikoen, i den grad den verkar inn på den finansielle risikoen, herunder korleis prosjektet si forventa risikojusterte avkastning tonar seg relativt til andre prosjekt det kan vera aktuelt å investera i. Det er også eit krav at investoren evnar å vurdere prosjektet, og tilknytta risiko, fortløpande, for å avgjera om ein skal halda fram med investeringa. I alle tilfelle er det eit krav om at det er investoren sjølv som faktisk tek desse avgjerdene.

Sidan det likevel er nokså stor grad av uvisse kring skiljet mellom finansiell risiko og operasjonell risiko, er det grunn for å tolka føresegnene i lys av føremålet bak dei reviderte retningslinene. Hovudpoenget er å tilordna overskotet dit verdiskapinga skjer, slik ein kan anta ville vore tilfellet mellom uavhengige partar. For finansiering av

¹⁶¹ Ibid. pkt. 1.66

¹⁶² Ibid. pkt. 6.63

utviklinga av immaterielle egedelar, vil eit viktig poeng vera at konsernselskapet som bidreg med slik finansiering ikkje er eit reint pengeoppbevaringsselskap, ein såkalla «cash-box». Eit krav om kompetent personell som faktisk tek avgjerder vil tena eit slikt føremål. Eit minstekrav må difor vera at investoren sjølv tek finansielt informerte investeringsavgjerder. Ein kan likevel ikkje stilla krav om at investoren har inngåande kompetanse om spesifikke trekk ved utviklingsprosjektet, men at han evnar å gjera ei kvalifisert vurdering av korleis operasjonelle avgjerder verkar inn på den finansielle risikoen og avkastingspotensialet til investeringa, på same måte som uavhengige investorar tek stilling til kor dei helst bør investera midlane sine. Justeringa av terskelen for kvart konkrete tilfelle er i så måte eigna til å nyansera kravet til kontroll over finansiell risiko ut frå kor risikabelt og omfangsrikt det er. Eit krav som ikkje har eit visst rom for dårlege avgjerder, vil ikkje spegla situasjonen mellom uavhengige investorar og utviklingsprosjekt, og såleis vera for strengt.

5.2.3 Risikojustert avkasting

Lagt til grunn at vilkåret om kontroll over den finansielle risikoen er oppfylt, skal parten tilordnast *risikojustert avkasting* på investeringa si.¹⁶³ Dette er ikkje ein del av residualoverskotet frå dei immaterielle egedelane, men ein eigen armlengdekompensasjon som skal fastsetjast isolert¹⁶⁴.

Også her er utgangspunktet at kompensasjonen skal fastsetjast «on the basis of similar funding arrangements among independent entities where such arrangements can be identified»¹⁶⁵. Som nemnt skal kompensasjonen likevel ikkje tilsvare noko meir enn risikojustert avkasting. I den grad det er motstrid mellom desse to måla på armlengdeprisen, verkar ordlyden å setja den risikojusterte avkastinga som ei øvre grense. I tråd med retningslinene sine føremål, vil ei risikojustert avkasting normalt

¹⁶³ Torvik, 2019 s. 647

¹⁶⁴ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.61

¹⁶⁵ Ibid. pkt. 6.59

vera det som er nærmast den marknadsmessige prisen. I særskilte tilfelle kan det tenkast at ein finn eit samanlikningsgrunnlag som tilseier at uavhengige partar vert kompensert mindre enn det fastsetjinga av risikojustert avkasting tilseier, slik at armlengdeprisen vert lågare. På dette området er det likevel, som fleire gongar nemnd, sjeldan eller aldri at ein finn samanliknbare uavhengige transaksjonar. Det mest praktiske er difor å kartlegga korleis ein skal koma fram til ei risikojustert avkasting som kan tena som eit anslag på kva som ville vore ein marknadsmessig kompensasjon.

For å finna risikojustert avkasting, er det føreslått i TPG å sjå til «the cost of capital» eller «the return of a realistic alternative investment».¹⁶⁶ Vidare er det uttalt at «it is important to consider the financing options realistically available to the party receiving the funds». Ordlyden tilseier at ein skal ta utgangspunkt i den relative forhandlingsstyrken partane ville hatt i transaksjonen viss dei ikkje var i interessefellesskap. Torvik (2019) hevdar det vil vera naturleg å berre sjå på mottakaren (konsernselskapet som driv utviklingsprosjektet) sine realistiske alternativ, med tilvising til at denne som regel vil stå i ein sterkare forhandlingsposisjon, slik at mottakaren si betalingsvilje er det avgjerande for ein armlengdepris (s. 659 flg.). Dette er eit argument som har mykje for seg, men det vil etter mi oppfatning ikkje vera ein treffande presumsjon i alle tilfelle. Til dømes kan det tenkast at forhandlingsstyrken jamnar seg ut undervegs i finansieringsperioden, ved at kostnaden ved å finna ein ny investor (i ein teoretisk marknadssituasjon) overstig følgjene av at inneverande investor ynskjer å reforhandla investeringsavtalen. Å lena seg på mottakaren sine alternativ vil likevel vera naturleg som eit utgangspunkt som eventuelt kan nyanserast i særlege tilfelle der forhandlingsstyrken til investoren også kan spela inn.

TPG inneheld ikkje noko vidare rettleiing om korleis ein skal gå fram for å kartlegga mottakaren sine realistiske alternativ. Ein mogleg framgangsmåte er å sjå til det spesifikke utviklingsprosjektet si låneevne, samt inntekt, prosjekt, funksjonar og eigedelar knytt til mottakaren sine andre forretningsaktivitetar.¹⁶⁷ Viss ein ser bort frå

¹⁶⁶ Ibid. pkt. 6.62

¹⁶⁷ Torvik, 2019 s. 661

desse tilleggsaspekta kan ein enda opp med at den risikojusterte avkastinga vert kunstig høg som følgje av at prosjektet framstår særleg risikabelt, trass i at mottakaren i seg sjølv har god likviditet. I tilfelle kunne ei lånefinansiering frå ein tredjepart til ei langt lågare marknadsrente vera realistisk. Ein framgangsmåte som tek høgde for mottakaren si totale betalingsevne vil difor gje det mest rettmessige biletet på kva som er ein rimeleg armlengdespris for finansieringa av utviklingsprosjektet.

5.3 Risikofordeling – “risks assumed”

5.3.1 Utvikling og utgangspunkt

I transaksjonar mellom uavhengige partar, vil partane ta seg betalt for risikoen dei tek på seg. For å kartlegga bidraga til partane i ein kontrollert transaksjon i samsvar med DEMPE av immaterielle eigedelar, er det difor viktig å undersøka den relative risikofordelinga mellom dei og i kva grad risikoen skal kompenseras¹⁶⁸.

Omsynet til risiko har fått monaleg større plass i dei reviderte retningslinene enn det hadde i tidlegare versjonar (TPG 1995/2010). Ved kontraktsmessig allokering av risiko, kunne risikoen skiljast ut til eit anna selskap enn det som dreiv dei verdiskapande aktivitetane risikoen hefta ved. Dette førte til eit mishøve mellom kven som kontrollerte risikoen og kven som fekk allokert risikoen si avkasting¹⁶⁹.

Dei nye retningslinene anerkjenner også ei kontraktsmessig risikoallokering mellom partane, men då berre viss kontraktshøvet reflekterer den underliggande økonomiske realiteten¹⁷⁰. Eit grunnleggande vilkår for at ein skal akseptera den kontraktsmessige fordelinga er at partane handlar i tråd med kontraktsvilkåra¹⁷¹. Vidare er det stilt som

¹⁶⁸ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 6.66

¹⁶⁹ Risiko korrelerer positivt med avkasting, då prisen på risiko er eit påslag på forventa avkasting, medan risikoen si opp- og nedside fordeler seg likt rundt den same forventinga. Sjå Torvik, 2019 s. 211 med tilvisingar.

¹⁷⁰ OECD, *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017 pkt. 1.77-1.81

¹⁷¹ Ibid. pkt. 1.86

vilkår at parten som etter kontrakten har teke på seg risikoen «exercises control over the risk» og «has the financial capacity to assume risk». Viss dette ikkje er tilfellet skal risikopremien tilordnast den som faktisk har kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bera den¹⁷². Viss fleire selskap oppfyller vilkåra samstundes, skal risikoen tilordnast det selskapet som utøver «most control»¹⁷³. Korleis ein eventuelt skal kvantifisera eit slikt kontrollomgrep er heller uvisst. Det mest nærliggande vil nok vera at den som har den viktigaste kontrollmyndigheiten er den som utøver *mest* kontroll.

5.3.2 Finansiell kapasitet

For at eit konsernselskap realistisk sett skal kunna tilordnast risiko, må det ha den finansielle kapasiteten til å bera risikoen. Dette er definert som «access to funding to take on the risk or to lay off the risk, pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises».¹⁷⁴ Finansieringstilgangen baserer seg her på parten sine tilgjengelege midlar, samt tilgangen på realistisk tilgjengelege finansieringsalternativ, som om parten var uavhengig i transaksjonen.

Det mest sentrale vilkåret ser ut til å vera evna til å bera tapet som eventuelt måtte følgja viss risikoen materialiserer seg. Dette føreset at konsernselskapet har tilgang på ein likviditetsreserve så lenge risikoen heftar ved det. Etter ordlyden er det likevel ikkje avgjerande at konsernselskapet sjølv sit på denne likviditetsreserven. Her kan det tenkast mange alternativ, som til dømes forsikring, kredittilgang høve til kapitalforhøging mv.

Eit viktig spørsmål som reiser seg er om tilgangen på finansiering frå andre selskap i same konsern er relevant. Føresegna nemner eksplisitt at ein skal vurdere finansieringstilgangen som om det var snakk om ein uavhengig part. I tillegg ville ei slik konsernintern finansiering utløysa andre interprisingsspørsmål viss den vert gjort

¹⁷² Ibid. pkt. 1.98

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid. pkt. 1.64

på andre vilkår enn det som ville vore tilfellet ved ekstern finansiering. Medlemskapet i eit konsern kan likevel få konsekvensar for armlengdeprisen ved at tilgangen på likvide midlar elles i konsernet kan gjera konsernselskapet meir kredittverdig.

Ordlyden nemner eksplisitt evna til å betala for risikominimerande tiltak. Dette kan vera relevant viss parten kanskje ikkje har kapitaltilgangen som krevst for å bera den fulle konsekvensen av at risikoen materialiserer seg, men har tilstrekkeleg løpande likviditet til å sikra at ei eventuell materialisering har ei mindre nedside. Viss kapitaltilgangen er stor nok til å handtera nedsida etter at denne er minimert, vil vilkåret om finansiell kapasitet vera oppfylt.

5.3.3 Kontroll over risikoen

Sjølv om den finansielle kapasiteten er på plass, er det avgjerande om parten også kontrollerer den aktuelle risikoen. For at ein part skal ha kontroll over risikoen, må han ha:

«(i) the capability to make decisions to **take on, lay off, or decline** a risk-bearing opportunity, together with the **actual performance** of that decision-making function and (ii) the capability to make decisions on whether and how to **respond** to the the risks associated with the opportunity, together with **the actual performance** of that decision-making function»¹⁷⁵ (Mi utheving).

Dei generelle slutningane frå ordlyden under pkt. 5.2.2 vil gjera seg gjeldande også her. Kort oppsummert vil det seia at parten må ha kompetent personell som både *kvalifiserer til* og *faktisk tek* avgjerder knytt til knytt til den spesifikke risikoen.

Sidan parten må ha kompetanse og erfaring innanfor det risikoen knyt seg til¹⁷⁶, held det ikkje å ha generell kompetanse innan risikohandtering. Ein må også krevja at parten har personell med kompetanse innan den bransjen og det fagområdet som

¹⁷⁵ Ibid. pkt. 1.65

¹⁷⁶ Ibid. pkt. 1.66

konsernselskapet høyrer innunder, og som er relevant for den risikoen det hevdar å ta på seg ved utviklinga av den immaterielle egedelen. Viss ikkje vil det ha presumsjonen mot seg, og risikoen med tilhøyrande del av residualoverskotet frå den immaterielle egedelen skal tilordnast den parten som faktisk kontrollerer risikoen (viss vedkomande part også har finansiell kapasitet til å bera den).

6. Konklusjon

Det sentrale poenget etter dei reviderte retningslinene er at den kontraktsmessige fordelinga av retten til dei immaterielle eigedelane sitt overskot ikkje åleine gjev grunnlag for å setja ein armlengdes pris på kontrollerte transaksjonar. Dei faktiske økonomiske tilhøva er minst like viktige.

Ein må gjera ei analyse av korleis partane, ved å utøva funksjonar, setja eigedelar til disposisjon og ta på seg risiko, bidreg til å utvikla, forbetra, vedlikehalda, trygga og utnytta immaterielle eigedelar. Dette tener som ei kvalifisert tilnærming til korleis partane bidreg til verdiskapinga.

Inntekta skal så fordelast ut frå partane sine relative bidrag. Det vil seia at verdiar som er skapte av eit selskap heimehøyrande i ein jurisdiksjon, men som kontraktsmessig er flytta til ein annan jurisdiksjon, skal reallokerast til fyrstnemnde jurisdiksjon og skattleggst der.

Samla sett verkar dei reviderte retningslinene såleis å tena føremålet som ligg bak dei. Rommet for skatteminimerande eigarskapsstrukturar er klart redusert i høve til det som var tilfellet etter tidlegare versjonar. Eit gjennomgåande trekk er likevel at mangelen på tilstrekkeleg relevante samanlikningsgrunnlag gjer at dei komplekse reglane kan vera vanskelege å tillegga eit konsekvent innhald. Der det er trong for utdjupande rettleiing om korleis ein skal forholda seg til mangelen på samanlikningsgrunnlag, er det samstundes, slik det framstår, lagt opp til ein stor grad av subjektive vurderingar. Risikoen for at dei ulike brukarane av retningslinene, skattemyndigheiter og skattytarar i ulike land, kan koma til å sitja att med ulike oppfatningar av gjeldande armlengdeintervall i nokså like saker, er nok stor.

Referanseliste¹⁷⁷

Liste over lover og konvensjonar

- Grunnlova (1814). *Kongeriket Noregs grunnlov* 17. mai 1814
- Dobbeltbeskatningslova (1949). *Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning mv.* 28. juli 1949 nr. 15
- Aksjelova (1997). *Lov om aksjeselskaper* 13. juni 1997 nr. 44
- Allmennaksjelova (1997). *Lov om allmennaksjeselskaper* 13. juni 1997 nr. 45
- Selskapslova (1985). *Lov om ansvarlige selskaper og komandittselskaper* 21. juni 1985 nr. 83
- Skattelova 1911 (1911). *Lov om skatt av formue og inntekt* 18. august 1911 nr. 8
- Skattelova (1999). *Lov om skatt av formue og inntekt* 26. mars 1999 nr. 14
- Rekneskapslova (1998). *Lov om årsregnskap m.v.* 17. juli 1998 nr. 56
- MTC (2017). *OECD Model convention with respect to taxes on income and on capital* 2017
- (1969). *Vienna convention on the law of treaties* 23. mai 1969

Liste over rettspraksis og anna praksis

- Rt. 2010 s. 790 *Telecomputing*
- Rt. 2008 s. 577
- Rt. 2008 s. 343 *Hafslund Nett*
- Rt. 2007 s. 1453 *Scansales*
- Rt. 2007 s. 1025 *Statoil Angola*
- Rt. 2004 s. 957 *PGS*
- Rt. 2001 s. 1265 *Agip*
- Rt. 1995 s. 124 *Schlumberger*
- Rt. 1994 s. 752 *Alphawell*
- Rt. 1994 s. 132 *Uncle John*
- Utv. 2016 s. 25 *Total E&P Norge AS*
- Utv. 2010 s. 207 *Enterprise Oil*
- Utv. 2008 s. 318
- Utv. 1997 s. 895
- BFU 70/05

Liste over litteratur, inkludert lovførearbeid

- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, O. Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

¹⁷⁷ Oppsett basert på Universitetsbiblioteket si oppskrift *Litteraturlister i jusstudiet*, henta frå <http://bibliotek.usn.no/oppgaveskriving/litteraturliste-og-kildehenvisninger/litteraturliste-jus/>

-
- OECD (2015), *Aligning transfer pricing outcomes with value creation, Actions 8-10 - 2015 final reports*, O. Publishing.
- Bråthen, T. (2019). *Selskapsrett* (6. utg.). Oslo: Gyldendal/Focus Forlag.
- Bullen, A., & Anfinsen, F. (2013). Skatteloven § 13-1 fjerde ledd: OECDs retningslinjer for internprising som rettskildefaktor i norsk rett. *Skatterett*, 32(2), 159-203.
- Bullen, A., & Anfinsen, F. (2014). OECDs retningslinjer som rettskilde utenfor skatteavtalesituasjoner: duplikk. *Skatterett*, 33(2), 119-140.
- Bullen, A., & Beck, A. (2018). Årsakssammenheng og inntektsreduksjon i skatteloven § 13-1 første ledd. *Skatterett*, 37(1-2), 15-77.
- Gjems-Onstad, O., & Furuseth, E. (2013). *Praktisk internasjonal skatterett og internprising* (1. utg.). Oslo: Gyldendal juridisk.
- Horngren, C. T., Datar, S. M., & Rajan, M. V. (2015). *Cost accounting: A managerial emphasis* (15. utg.). Harlow, Storbritannia: Pearson Education Limited.
- Jones, C. I. (2016). *Macroeconomics* (4. utg.). USA: WW Norton & Co.
- Kvamme, K. (2014). Skatteloven § 13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer. *Skatterett*, 33(1), 25-42.
- Kvamme, K. (2015). Skatteloven § 13-1 og forholdet til OECDs retningslinjer - replikk. *Skatterett*, 34(1), 89-91.
- Markham, M. (2005). Tax in a changing world: The transfer pricing of intangible assets. *Tax notes international*, 40, 895-906.
- OECD (2017), *Model tax convention on income and on capital: Condensed version*, O. Publishing. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en
- Naas, H., Kristiansen, S. R., Backer-Grøndahl, F., Holen, H. S., & Rynning, M. H. (2017). *Norsk internasjonal skatterett* (2. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Norman, V. D., & Orvedal, L. (2010). *En liten, åpen økonomi* (4. utg.). Oslo: Gyldendal akademisk.
- Norsk RegnskapsStandard 19. (2012). *Immaterielle eiendeler*. Oslo: Norsk Regnskapsstiftelse
- OECD (1995), *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, O. Publishing.
- OECD (2010), *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, O. Publishing.
- OECD (2017), *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, O. Publishing.
- Ot.prp. nr. 62 (2006-2007). (2006). *Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)*. Oslo: Finansdepartementet
- Ot.prp.nr.26 (1980-1981). (1980). *Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m v*. Oslo: Finansdepartementet
- Pankiv, M. (2016). Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures. *International Transfer Pricing Journal*, 463-476.
- Pindyck, R. S., & Rubinfeld, D. L. (2013). *Microeconomics* (8. utg.). USA: Pearson Education Limited.

-
- Schindler, D., & Schjelderup, G. (2013). Transfer Pricing and Debt Shifting in Multinationals. *CESifo Working Paper Series*, 4381.
- Schjelderup, G. (2016). Secrecy jurisdictions. *International tax and public finance*, 23, 168-189.
- Schjelderup, G., & Jacobsen, M. R. (2011). Nye utfordringer i bedriftsbeskatningen. *SNF prosjekt 1761: Corporate and capital taxation*, 38/11.
- Skaar, A. A., Andersen, M., Banoun, B., Bullen, A., Frønsdal, K. A. R., Hansen, B. E., . . . Sundkvist, T. (2006). *Norsk skatteavtalerett* (1. utg.). Oslo: Gyldendal akademisk.
- Skatte-ABC 2019/20. Oslo: Skattedirektoratet
- Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Skottland: William Strahan.
- Svendsen, L. F. H. (2015, 12. mai). Ockhams barberkniv. Henta i *Store norske leksikon*, 5. juni 2020, frå https://snl.no/Ockhams_barberkniv
- Sættem, O. (2014). *Bedriftens finansregnskap* (1. utg.). Molde: Los Forlag.
- Torvik, O. (2019). *Transfer pricing and intangibles: US and OECD arm's length distribution of operating profits from IP value chains*: IBFD.
- OECD (1979), *Transfer pricing and multinational enterprises*, O. Publishing.
- Treidler, O. (2019). The arm's-length principle works just fine (most of the time). *Tax notes international*, 96, 1121-1141.
- Wittendorff, J. (2016). BEPS Actions 8-10: Birth of a new arm's length principle. *Tax notes international*, 81, 331-358.
- Zimmer, F. (2017). *Internasjonal inntektsskatterett* (5. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.